



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA DE POST GRADO**



Maestría en Ciencias
Mención: Derecho Civil y Comercial

Tesis:
**LA INTERPRETACIÓN LITERAL DEL ARTÍCULO 658 DEL
CÓDIGO PROCESAL CIVIL FRENTE A LOS FINES DEL PROCESO
CAUTELAR**

Presentado por:
Abogado: German Enrique Merino Vigo.

Asesor:
Dr. Joel Romero Mendoza

Cajamarca – Perú
Octubre de 2015

COPYRIGHT © 2015 by
GERMAN ENRIQUE MERINO VIGO
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE POST GRADO



Maestría en Ciencias

Mención: Derecho Civil y Comercial



TESIS APROBADA:

**LA INTERPRETACIÓN LITERAL DEL ARTÍCULO 658 DEL CÓDIGO
PROCESAL CIVIL FRENTE A LOS FINES DEL PROCESO CAUTELAR**

Por: German Enrique Merino Vigo

Comité Científico:

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Presidente del Comité

Dr. Glen Serrano Medina

Primer Miembro Titular

Dr. Elfer Germán Miranda Valdivia

Segundo Miembro Titular

Dr. Joel Romero Mendoza

Asesor

Fecha: octubre 2015

Para el amigo consejero, ejemplo de amor,
lealtad, honradez; mi padre, dedico esta tesis
como muestra de mi admiración.

“...En tiempos tan oscuros reconforta saber que el Derecho sigue siendo objeto de desvelos y de reflexiones conducentes a la determinación de su función precisa en el seno de una sociedad dinámica, cambiante, donde no hay nada estable y todo está sujeto a revisiones intelectuales. Si el Derecho es el límite del poder, y éste se configura como la forma más perfecta (de las conocidas) que tenemos de encauzar la arbitrariedad con arreglo a ciertos parámetros más o menos lógicos (ese reducto al que muchos se aferran todavía desde las más altas instancias), es preciso delimitar cómo ha de operar aquél y si las fórmulas tradicionales que se han estilado para su justificación siguen teniendo validez o, por el contrario, es necesaria y urgente una revisión de los postulados primigenios que sustentan el aparato jurídico.”

Faustino Martínez Martínez

CONTENIDO

CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	12
1.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.2. JUSTIFICACIÓN	18
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	18
1.3.1.- Respecto al ámbito explicativo de la Investigación	19
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	
1.4.1.- Respecto al ámbito explicativo de la Investigación	20
1.5. TRATAMIENTO DE LAS HIPÓTESIS	
1.5.1.- Respecto al ámbito explicativo de la Investigación	21
1.6. VARIABLES	
1.6.1. De la investigación explicativa	23
1.6.2 De la investigación propositiva	23
1.7. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	
1.7.1.- Tipología de la investigación	24
1.7.2.- Métodos	25
1.7.3.- Alcance	28
1.7.4.- Unidad de Análisis	28
1.7.5.- Población y Muestra	28
1.7.6.- Técnicas de la Investigación	29
1.8. LIMITACIONES	31
1.9. DELIMITACIÓN	31
1.10. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	33

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	35
2.1. NOCIONES PREVIAS	35
2.2. TEORÍA DEL PROCESO	37
2.2.1. Acción	37
2.2.2. Jurisdicción	41
2.2.3. Proceso	45
2.3. TEORÍA CAUTELAR	
2.3.1. Los Procesos Cautelares	48
2.3.2. Características del Proceso Cautelar	49
2.3.3. Ejecución de la Decisión Cautelar	57
2.3.4. Impugnación	58
2.3.5. Presupuestos para su concesión	60
2.3.6. Características de la medida cautelar	64
2.4. EMBARGO EN FORMA DE RETENCIÓN	67
2.4.1. Finalidad	69
2.4.2. Ejecución Forzada	69
2.4.3. Concepto de Retención	70
2.4.4. Embargo como Actividad Procesal	71
2.4.5. Procedencia y Obligaciones del Retenedor	72
2.4.6. Ejecución de la Retención	72
CAPÍTULO III: DISCUSIÓN	74
3.1. ACERCA DEL MARCO TEÓRICO	74
3.1.1. Teoría del proceso	76
3.1.2. Proceso cautelar	77
3.1.3. Embargo en forma de retención	80

3.2.	ARTÍCULOS 657° Y 658° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL	90
3.3.	PROCEDIMIENTO Y EJECUCIÓN EN LA PRÁCTICA	103
3.4.	ROL DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL	111
CAPÍTULO IV: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS Y EFICACIA DE LA MEDIDA CAUTELAR		116
4.1.	TRATAMIENTO ESTADÍSTICO	116
4.1.1.	Procesamiento de datos	116
4.1.2.	Ordenamiento de datos	117
4.1.3.	Clasificación de datos	118
4.1.4.	Análisis de datos	118
4.2.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	135
4.2.1.	ÁMBITO EXPLICATIVO.	139
H1.	Hipótesis General	139
H2.	Hipótesis específica	149
H3.	Hipótesis específica	153
4.2.2.	ÁMBITO PROPOSICIONAL	155
H4.	Hipótesis General	155
4.2.3.	CONSIDERACIONES FINALES ACERCA DE LA CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS	165
CAPÍTULO V: PROPUESTAS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		169
5.1.	PROPUESTA	169
5.2.	CONCLUSIONES	175
5.3.	RECOMENDACIONES	179

LISTA DE REFERENCIAS

181

ANEXOS

186

RESUMEN

La presente Tesis ha sido elaborada a fin de demostrar que en la aplicación del artículo 658° del Código Procesal Civil, referido al momento de ejecución de la Medida Cautelar de Embargo en Forma de Retención, se presenta una problemática que incide directamente sobre la eficacia práctica de tal institución. Esto se debe a que en algunos casos el operador judicial se ciñe a una aplicación literal de la norma en mención, obviando una que resulte acorde con los fines del Proceso Civil, y especialmente con los del Procedimiento Cautelar.

El artículo 658° del Código Procesal Civil (Ejecución de la retención) prevé que el secretario que realice tal diligencia sentará el acta de embargo en presencia del retenedor, haciendo constar el dicho de éste sobre la posesión de los bienes. Esta - consideramos- poco feliz redacción de la norma en mención ha propiciado que muchos operadores judiciales la *interpreten* literalmente y en consecuencia, luego de elaborada dicha acta (conocida como Acta de Toma de Dicho) se notifique inmediatamente a la persona afectada con la medida cautelar, acatando lo previsto por el artículo 637° del Código Procesal Civil. Este hecho implica que, en caso el primer retenedor no posea bienes propiedad del afectado, y se notifique a dicho afectado con la ejecución de la medida cautelar, éste disponga de los bienes que se encuentren en poder de terceros (potenciales retenedores), haciendo imposible que se ejecute efectivamente la medida cautelar en su contra.

En esta Tesis, pretendemos demostrar que esta interpretación resulta contraria a la finalidad específica del Procedimiento Cautelar que es garantizar que lo decidido

sobre el fondo en una sentencia estimatoria se cumpla con la ejecución forzada respectiva, aún ante la negativa del demandado Asimismo, se demostrará que tal interpretación resulta contraria al fin último del Proceso Civil: solucionar un conflicto de intereses, en tanto no basta con que en un proceso judicial se expida una decisión estimatoria de la pretensión, sino que tal decisión pueda ser efectivamente ejecutada, de lo contrario no se cumplirá la finalidad reseñada.

Finalmente consideramos que no es necesaria una modificación del artículo 658° del Código Procesal Civil, sino que basta recoger adecuadamente el sentido de la norma que contiene, acudiendo a una interpretación sistemática que privilegie los fines del Procedimiento Cautelar y del Proceso civil.

ABSTRACT

The Present research has been done in order to prove that in the implementation of the article 658 of the Code of Civil Procedures, regarding the moment of execution of Precautionary Measures of Seizure as Withholding, there are problems that directly affects the practical efficiency of such institution. This is because in some cases the judicial operator adheres to a literal application of such rule, obviating in this way one which is more appropriate for the aims of Civil Procedures, especially for the Precautionary Procedure.

The article 658 of the Code of Civil Procedures (Application of withholding) envisages that the secretary who executes such procedures will write the seizure minute in the presence of the withholding agent, stating his/her statement over the possession of the goods. This – unfortunate – redaction of such rule has caused that many judicial operators interpret it literally and as a result, after writing that minute (known as Acta de Toma de Dicho) each affected person is notified of precautionary measure, complying with the article 637 of the Code of Civil Procedures. This fact means that in case the first withholding agent does not own property of the affected person, and such affected person is notified of the execution of Precautionary Measure, this one can have goods of others at his/her disposal (potential withholders), preventing the execution of Precautionary Measures against him/her.

In this thesis, we want to prove that this interpretation is opposite to the specific aim of the Precautionary Measure, that is, to guarantee the performance of the decision on a sentence, even with the defendant's refusal. Likewise, it will be proved that such interpretation is opposite to the aim of the Civil Procedures: to solve a conflict of

interests, while issuing an estimated decision in a Judicial Procedure is not enough, but such decision must be executed effectively, otherwise such aim will not be achieved.

Finally, we consider that a modification of the article 658 of the Code of Civil Procedures is not necessary, but it is only necessary to understand properly the meaning of the rule that it has, using a systematic interpretation that favors the aim of the Precautionary Measure and Civil Procedure.

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La presente investigación se encuadra dentro de los alcances del artículo 658° del Código Procesal Civil¹, referido a la ejecución de la Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención.

Para comprender el problema planteado en torno a este tema es preciso analizar el marco normativo en el que se encuadra la figura en cuestión y, para aprender tal marco normativo, es necesario conocer el fin último de la medida cautelar como institución del Derecho Procesal Civil.

Así, veremos que el artículo 608° del Código Procesal Civil², parte final, establece que “...*La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.*” De esta norma podemos extraer la finalidad que la ley otorga a la medida cautelar: garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva de un proceso judicial.

¹ **Artículo 658°.- Ejecución de la retención.**- El Secretario interviniente sentará el acta de embargo en presencia del retenedor, a quien le dejará la cédula de notificación correspondiente, haciendo constar el dicho de éste sobre la posesión de los bienes y otros datos relevantes. Si se niega a firmar, dejará constancia de su negativa.

² **Artículo 608°.- Juez competente, oportunidad y finalidad.**-...La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.

La medida cautelar como institución jurídica debe ser válida según el marco jurídico que la concibe: debe poseer racionalidad a tal marco jurídico, y en consecuencia mantenerse acorde con los Principios de la Teoría Procesal y la finalidad del Proceso: resolver un conflicto de intereses o incertidumbre, ambos con relevancia jurídica. Esta finalidad sólo se alcanzará -en muchos casos- al asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva vía una medida cautelar, ya que en caso se expida decisión definitiva y tal decisión no pueda ser ejecutada, no podremos afirmar que el Derecho a una Tutela Jurisdiccional Efectiva se haya plasmado en sede judicial, si es que -previamente- no se ha optado por brindar tutela cautelar, ya que la referida Tutela Jurisdiccional Efectiva no se concretiza tan sólo con un pronunciamiento judicial, sino -y exclusivamente- con un pronunciamiento judicial ejecutable sobre el fondo de la *Litis*, garantizando así la eficacia del Órgano jurisdiccional.

En conclusión debemos tener presente que la institución cautelar tiene como finalidad inmediata asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, pero además, tiene como alcance mediato a la finalidad última del Derecho Procesal: dar solución a los conflictos e incertidumbres jurídicas, y alcanzar, como objetivo sumo, la paz social.

Sin embargo, para que este objetivo se alcance, es necesario que los operadores jurisdiccionales del derecho internalicen ambos fines -mediato e inmediato- y realicen una correcta interpretación de las normas adjetivas

que desarrollan la institución cautelar teniendo como Norte la finalidad última y primordial reseñada.

La racionalidad interna que posee el ordenamiento procesal debe orientar, además, la interpretación que guía a los operadores jurídicos ya que muchas veces las prácticas judiciales restringen la eficacia de las normas jurídicas. Aquella hidra que deforma el rostro de la justicia compuesta por el abuso del proceso, el tiempo irrazonable y el costo ahoga la justicia que debe emanar de toda institución jurídica (Monroy Palacios, 2002).

Estos tentáculos se fundamentan en la interpretación exclusiva y excluyentemente literal de la norma jurídica, lo que ocasiona que algunos operadores judiciales deformen y construyan un procedimiento extraño a los principios que inspiran el proceso civil y en particular a la institución cautelar.

En ese tenor, algunos de los operadores judiciales en el Distrito Judicial de Cajamarca poseen un entendimiento diferente al establecido en líneas anteriores, lo que coloca en grave riesgo a la institución cautelar pues la cubre de una apariencia efectista contraria a su real naturaleza. Así, su procedimiento -que debe tener como fundamento a los pilares antes indicados- es deliberadamente desnaturalizado a partir de una extraña interpretación del artículo 658° del Código Procesal Civil.

Dicha interpretación es la siguiente: *la medida cautelar de embargo en forma de retención se ejecuta con la diligencia de toma de dicho que prevé dicha norma, por lo que inmediatamente después de efectuada la referida diligencia se debe notificar al afectado con la medida cautelar dispuesta, acatando a su vez lo establecido en el artículo 637° de la norma procesal mencionada.*

Sin embargo, consideramos, que esta interpretación, en ciertos casos, pone en peligro el cumplimiento de los fines de esta institución y en consecuencia resulta contrapuesta al fin primordial del proceso civil: alcanzar la paz social, en justicia.

Veamos el procedimiento que lleva a la desnaturalización de la institución cautelar: en la ejecución del embargo en forma de retención³, el secretario judicial sentará el acta de embargo en presencia del retenedor, a quien le entregará la cédula de notificación correspondiente, haciendo constar el dicho de éste (retenedor) sobre la posesión de los bienes y otros datos relevantes; si el retenedor, o su representante, se niegan a firmar, se dejará constancia de tal hecho.

³ El embargo en forma de retención se encuentra regulado en el artículo 657° del Código Procesal Civil, el cual preceptúa que: *"Cuando la medida recae sobre derechos de créditos u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el tercero debe asumir las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez".*

El dicho del retenedor versará acerca de la existencia de créditos o bienes, el valor de los mismos, la imposición de cargas o gravámenes sobre ellos, si fuere el caso, si su entrega se encuentra sujeta a plazo o al simple requerimiento del titular (afectado), si sobre el objeto de la retención hay un régimen de copropiedad o pertenece aquél en su integridad al titular (afectado) y cualquier otro dato importante en relación a los créditos o bienes materiales de retención.

Debiendo entenderse que no será a partir de dicha notificación que se computará el plazo de caducidad de dicha medida cautelar (como lo prevé textualmente el artículo 658° del CPC), ni tampoco es a partir de éste que se deberá notificar al afectado con la misma. Por el contrario, debe darse el hecho de que el retenedor acredite encontrarse en posesión de los bienes, cumpla con la obligación de retener y poner a disposición del juzgado todo pago a realizarse en función de los créditos existentes o cuando se reciba el certificado de depósito judicial efectuado por el mismo, pues de lo contrario podrían presentarse dos supuestos:

- a) Que el retenedor no tenga bienes suficientes en su poder que permitan cumplir con el mandato del Juzgado.
- b) Que el retenedor no tenga en su poder ningún bien de propiedad del afectado.

En cualquiera de estos supuestos se presenta el problema objeto de la investigación, pues de considerarse ejecutada la medida cautelar al momento de notificarse al retenedor, y en consecuencia efectuarse la notificación al afectado, éste podrá disponer de los bienes que se encuentren en poder de terceros (a su vez potenciales retenedores) haciéndose imposible el aseguramiento de la decisión definitiva en el proceso principal y, consecuentemente, la solución del conflicto o incertidumbre jurídica.

Este hecho derivaría de dos situaciones por estudiar: una interpretación incorrecta del artículo 658° del Código Procesal Civil, y la carencia del elemento cultural, en el operador judicial, para acoger una interpretación acorde a los principios del Proceso Cautelar, y en suma cuenta del Proceso Civil. Ambos hechos influyen sobre la eficacia de la medida cautelar conforme los principios y presupuestos reseñados.

Siendo así, el objetivo de esta investigación es obtener un enfoque propositivo para determinar los parámetros que deben guiar la actuación del juez para determinar el momento de ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

1.2. JUSTIFICACIÓN

Existen dos elementos principales que justificaron el desarrollo de la presente investigación y se dan: en el ámbito doctrinal y en el aspecto práctico.

La **primera** razón aborda una problemática creciente alrededor de la medida cautelar, los principios que la inspiran, y los procedimientos que se emplean para su aplicación práctica. Corresponde a la necesidad de brindar coherencia y congruencia interna a la institución cautelar para dotarla de racionalidad según nuestra realidad social.

La **segunda** razón tiene que ver con un aspecto práctico. El litigante “de a pie” desea antes que alcanzar un monumental edificio conceptual alrededor de la medida cautelar, poseer un instrumento que sirva a sus intereses. En igual modo, todos los actores sociales que participan de esta realidad buscan acceder a un instrumento funcional a los principios que desarrolla la institución cautelar. Este trabajo pretende a partir de un estudio doctrinal satisfacer esta última exigencia.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La presente investigación tiene dos ámbitos diferentes por desarrollar: explicativo y propositivo. En adelante trataremos por separado dichos

ámbitos, pese a encontrarse unidos por el mismo marco conceptual y es posible extrapolar las conclusiones de uno al otro.

1.3.1. Respecto al ámbito explicativo de la Investigación

PROBLEMA CENTRAL:

¿Cuál es la relación que existe entre el grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención y el nivel de eficacia de ésta medida cautelar específica?

PROBLEMAS ESPECÍFICOS:

En cuanto a los problemas específicos, han sido desarrollados a partir de los elementos que desnaturalizan al procedimiento. Estos son: la interpretación literal de la normativa y la ausencia del elemento cultural dentro de la institución cautelar.

- ¿Cuál es el grado de interpretación literal que existe del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención?

- ¿Cuál es la concepción cultural que tienen los operadores judiciales sobre el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención?

- ¿Cuáles son los principales criterios jurídicos para determinar el momento en que la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención es eficaz?

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Respecto al ámbito explicativo de la Investigación

OBJETIVO GENERAL

Conocer la relación que existe entre el grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención y el nivel de eficacia de esa medida cautelar específica.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Hallar el grado de interpretación literal que existe del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.
- Identificar la concepción cultural que tienen los operadores judiciales sobre el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.

- Proponer los principales criterios jurídicos ajustados a los fines de la institución cautelar como del proceso mismo para determinar el momento en que se produce la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

1.5. TRATAMIENTO DE LAS HIPÓTESIS

1.5.1. Respecto al ámbito explicativo de la Investigación

HIPÓTESIS DEL PROBLEMA CENTRAL

La relación que existe entre el grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención y el nivel de eficacia de esa medida cautelar específica es inversa.

En este trabajo consideramos tres tipos de relación entre las variables que conforman la hipótesis: directa, inversa y nula. La primera implica una relación estrecha entre ambas variables de tal modo que cuando aumenta una, la otra lo hace en semejante dirección. La segunda implica un comportamiento absolutamente distinto al anterior pues mientras una aumenta, la otra variable disminuye en semejante proporción. Finalmente, la relación nula explica la ausencia de un comportamiento ligado tal como se ha descrito

antes. Cabe indicar que al expresar acciones como “aumenta” o “disminuye”, ellas son valoradas según un baremo “previo” construido con dicho fin exclusivo.

HIPÓTESIS DE LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS

- El nivel de interpretación literal que existe del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención es alto; toda vez que los auxiliares jurisdiccionales y entienden que la medida cautelar de embargo en forma de retención ha sido ejecutada a partir de la notificación con la orden jurisdiccional al retenedor.
- Los operadores judiciales tienen una concepción cultural netamente normativista o literal que interpreta a la norma jurídica según su texto expreso y no teleológica ni sistémica con las demás normas del ordenamiento jurídicos, ocasionando contradicciones sobre el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.
- Los principales criterios jurídicos ajustados a los fines de la institución cautelar como del proceso mismo para determinar el momento de la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención a considerar, son: reserva del procedimiento, búsqueda de satisfacción de la obligación,

diligencia en la actuación judicial y otras que emanen de los principios de la institución cautelar.

1.6. VARIABLES

1.6.1. En la investigación explicativa

Variable independiente:

V1 = Grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

Variable dependiente:

V2 = Nivel de eficacia de esta medida cautelar específica.

1.6.2. En la investigación propositiva:

Variable independiente⁴:

V3 = Implementación de parámetros en la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

⁴ En una investigación propositiva, propia de la sociotecnología, la variable independiente tiene un sentido distinto que en la investigación científica. Busca hallar un alto grado de eficacia ante un problema hallado o integrar anteriores soluciones dadas. No se busca encontrar la verdad o falsedad de una proposición (hipótesis) sino encontrar el grado de eficacia -en general- que posee dicho artefacto humano (construcción material o conceptual). En este sentido, no constituye confusión el uso de dicha nomenclatura al igual que en el otro ámbito de investigación en este trabajo.

Variable dependiente:

V4 = Eficacia de la Medida Cautelar de embargo en forma de retención.

1.7. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1.7.1. Tipología de la investigación

- **No experimental.**- Debido a la ausencia de manipulación sobre las variables de investigación en un determinado tiempo y lugar, como es el caso de la investigación experimental. No obstante, se ha desarrollado trabajo de campo al estudiarlas.
- **Transeccional.**- La investigación comprende un único momento en el tiempo en el que se han estudiado las variables.
- **Empírica-teórica.**- Nuestra investigación tiene dos momentos: el primero es empírico, son recogidos datos sobre los hechos concretos referentes a la interpretación de la normativa sobre el procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención -artículo 658º del Código Procesal Civil- en la sede del Distrito Jurisdiccional de Cajamarca. El segundo momento es teórico, puesto que se construyen los parámetros que se ajusten a los fines tanto de la institución cautelar como del

proceso civil mismo para determinar el momento de la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

- **Descriptiva-Explicativa.-** Tras haber recogido los mencionados datos, las hipótesis son contrastadas según los resultados obtenidos de la observación de la realidad y la observación documental. De forma tal que podamos entender la relación de causalidad existente entre nuestras variables.

- **Diseño Proposicional.-** Como se mencionó, el principal propósito de esta tesis es realizar la explicación de la relación causal entre la incorrecta formulación del artículo 658 del Código Procesal Civil y la ejecución material, factual de la medida cautelar de embargo en forma de retención; con lo cual se ha tenido cuenta de la ineficacia del referido dispositivo legal en una multiplicidad de circunstancias. Al respecto, es pertinente y necesario desarrollar una propuesta normativa que corrija las deficiencias señaladas que termina por desnaturalizar el contenido de la medida cautelar, para lo cual se ha elaborado una exposición de motivos y una reformulación del referido artículo.

1.7.2. Métodos

- **Analítico.-** Por el cual se distinguen los elementos de un fenómeno y se procede a revisar ordenadamente cada uno de ellos por

separado; en el presente trabajo de investigación, se ha utilizado este método en relación directa con las actuaciones que llevan a cabo los especialistas técnicos de los juzgado civiles encargados de la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

- **Sintético.-** Proceso mediante el cual se relaciona hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diversos elementos; lo mismo, se ha relacionado las actividades llevadas a cabo por los mencionados operadores jurisdiccionales con las múltiples situaciones de ineficacia en la ejecución de un medida cautelar de embargo en forma de retención causada por la notificación antelada de su ejecución.

- **Inductivo.-** Razonamiento que, partiendo de casos particulares, se eleva a conocimientos generales; en el presente trabajo de investigación, ha servido para obtener una teoría general a partir del estudio particular de la eficacia de las medidas cautelares aplicadas en los distintos juzgados civiles de donde se ha tomado la muestra.

- **Hermenéutico.-** El estudio de la coherencia interna de la normativa y Doctrina en general. Ello ha servido para la revisión de la bibliografía y las demás referencias utilizadas en las bases teóricas de este trabajo, asimismo, para llevar a cabo la primerísima interpretación de los dispositivos normativos

referentes a la medida cautelar de embargo en forma de retención, con la aclaración de que éste ha sido sólo el primer paso, debido a que la interpretación de los mismos no se agota con la traducción literal de dichas normas, sino que exige voltear hacia su finalidad y su estudio sistémico.

- **Medición.-** En la presente investigación se ha utilizado el presente método, que atribuye el valor numérico a los datos recolectados. Dicha realidad será valorizada y procesada estadísticamente, utilizando el paquete estadístico SPSS 15 para evaluarla y representarla objetivamente.

- **Tipológico.-** Como todo investigador no podemos evitar comenzar indagando concepto y acepciones previas, pero, en virtud a este método, nos hemos circunscrito en el conocimiento empíricamente adquirido y empíricamente verificable con lo que esperamos obtener un conocimiento objetivo de la realidad jurídica y comprenderla adecuadamente. Este tipo previamente construido nos ha permitido abordar con mayor detalle en el marco conceptual a la institución cautelar.

- **Tridimensional.-** Este método tiene como fundamento la concepción del derecho como norma, valor y hecho social. Por lo que, las discusiones teóricas son abordadas a partir de esta visión tridimensional.

1.7.3. Alcance

Correlacional-Explicativo. El presente trabajo aborda la relación que existe entre variables. Intenta explicar la relación que existe entre ellas a partir de la identificación de las posibles causas del problema estudiado.

1.7.4. Unidad de análisis

UA: Jueces y secretarios de los Juzgados Civiles del Distrito Judicial de Cajamarca.

1.7.5. Población y Muestra

- Población

Población objetivo.- Está formada por los juzgados a cargo de materias civiles del Distrito Judicial de Cajamarca que incluye 08 juzgados de la sede (entre Juzgados de Paz y Juzgados Especializado Civil), 01 juzgado especializado civil en la provincia de Chota y 11 juzgados mixtos a nivel de distrito judicial.

Población accesible.- 08 juzgados competentes para ejecutar e implementar una medida cautelar de embargo en forma de retención en la sede del Distrito jurisdiccional de Cajamarca.

- **Muestra**⁵. Determinada de la siguiente manera:

Jueces especializados civiles y de paz letrados:

n= 8⁶

Auxiliares Jurisdiccionales:

n= 16

1.7.6. Técnicas de la Investigación

- **Estadística descriptiva e inferencial.**- La Estadística descriptiva está compuesta por los procedimientos empleados para organizar y resumir conjuntos de observaciones en forma cuantitativa. El resumen de los puede hacerse mediante tablas, gráficos o valores numéricos. Los conjuntos de datos que contienen observaciones de más de una variable permiten estudiar la relación o asociación que existe entre ellas. Para la presentación de las variables incursas en la presente investigación se ha utilizado necesariamente esta técnica ya que las variables no han sido manipuladas sino solamente objeto de observación, a partir de lo cual hemos obtenido los resultados de lo que ocurre en la práctica respecto de la interpretación de las normas acerca del embargo en forma de retención en relación con el

⁵ Dicha muestra comprende las encuestas aplicadas así como para estudiar las resoluciones judiciales según los indicadores especificados antes.

⁶ Según la TABLA PARA DETERMINAR LA MUESTRA DE MANERA EXPEDITIVA (Ñaupas Paitán 2009, 319).

momento de su ejecución y la eficacia de las mismas propiciada por dicha interpretación y aplicación.

- **Observación.**- Es un procedimiento de recopilación de datos e información consistente en utilizar los sentidos para observar hechos y realidades presentes, y a actores sociales en el contexto real (físico, social, cultural, laboral, etc.) en donde desarrollan normalmente sus actividades. Mediante la observación se intentan captar aquellos aspectos que son más significativos de cara al problema a investigar para recopilar los datos que se estiman convenientes; esta técnica es el antecedente de la técnica descrita anteriormente y ha sido utilizada para captar la realidad tanto de los hechos que se suscitan dentro de los juzgados encargados de la ejecución de las Medidas Cautelares de Embargo en forma de Retención; como de los documentos estudiados para la parte teórica de la tesis.
- **Análisis exegético.** La técnica de la exégesis consiste pues, en la lectura comentada de los textos relacionados con el asunto que se estudia; requiere obras o compendios que contengan pasajes significativos, relacionados con el asunto en estudio. En el presente trabajo ha sido utilizada para llevar a cabo el análisis del texto de la norma referente al momento de la ejecución del embargo en forma de retención. Constituye método propio del método **hermenéutico**.

- **Encuesta.-** Se trata de una técnica que utiliza un conjunto de procedimientos estandarizados de investigación mediante los cuales se recoge y analiza una serie de datos de una muestra de casos representativa de una población o universo más amplio, del que se pretende explorar, describir, predecir y/o explicar una serie de características, consiste igualmente en la obtención de datos de interés sociológico mediante la interrogación a los miembros de la sociedad. Para nuestra investigación, se han aplicado encuestas a los operadores señalados en la muestra con la finalidad de descubrir o comprender la interpretación normativa que ellos realizan acerca del momento de la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

1.8. LIMITACIONES

Constituye una limitación para el desarrollo de trabajo de investigación el tiempo insuficiente del personal auxiliar jurisdiccional y de los magistrados los cuales no disponen de tiempo suficiente, lo que ha dificultado la aplicación de los cuestionarios.

1.9. DELIMITACIÓN

Área: Derecho Procesal Civil.- La institución cautelar se encuentra regulada como proceso en el Título IV de la Sección Quinta del Código adjetivo dentro de las medidas cautelares específicas: embargo en forma de

retención. Nuestro problema de investigación encuentra su origen en la interpretación del artículo 658º, referido al momento de la ejecución de la medida cautelar en forma de retención. Además, los parámetros adecuados para determinar el momento de la ejecución de la medida indicada líneas arriba.

Demográfica.- Para el caso de la investigación descriptiva explicativa, nuestro ámbito demográfico lo constituyen los secretarios y magistrados tanto de los juzgados civiles como de los juzgados de paz letrados que se encargan de la ejecución de la Medidas Cautelares de Embargo en forma de Retención.

Temporal.- En cuanto a la investigación correlacional-explicativa, se ha efectuado una investigación en un corte transversal en el tiempo por el cual se ha llevado a cabo el estudio de la doctrina contemporánea, la legislación y normatividad vigente respecto al embargo en forma de retención y, sobretodo, de las incidencias que respecto de su aplicación se suscitan en la actualidad; dicho instante corresponde al momento de la aplicación de los instrumentos de investigación. En cuanto a la investigación teórica-propositiva, hemos realizado una investigación histórica de carácter longitudinal, debido a que para comprender el dogma es necesario llevar a cabo un estudio histórico del mismo tanto en la doctrina como en la legislación, es así que, según se puede corroborar en el desarrollo del marco teórico en donde se han recogido los aportes de procesalistas tales como

Giuseppe Chiovenda a inicios del siglo pasado o Piero Calamandrei o Jorge Carreras, etc.

1.10. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Nuestro problema de investigación está relacionado con una errónea y parcial interpretación del artículo 658° del Código Procesal Civil entendido como base normativa del procedimiento de ejecución de una medida cautelar de embargo en forma de retención (interpretación realizada por los jueces y secretarios judiciales respecto al momento y la forma de la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención). El génesis de este error de concepción es encontrado en la tradición de una interpretación exclusivamente literal de las instituciones procesales.

Sin embargo, la relación que posee dicha interpretación y la concepción cultural de los operadores judiciales sobre la eficacia no ha sido analizada con profundidad. Ello no puede ser exigido en los sectores dogmáticos de la comunidad jurídica pues este ámbito no es tratado de manera idónea, ya que se limitan únicamente a efectuar un análisis en abstracto de las instituciones legales.

En cuanto a otros enfoques como el Análisis Económico del Derecho, se han desarrollado investigaciones sobre la eficacia de la normativa legal, pero el impacto que tiene una interpretación de la ley procesal sobre la

propia institución cautelar no ha sido abordado. Por ello, en este aspecto, no se han encontrado estudios previos sobre la materia de investigación.

En cuanto al aspecto relativo a los parámetros a seguir para determinar el momento de la ejecución, la literatura encontrada ha sido considerada en la parte correspondiente a la formulación teórica. Cabe resaltar que en la búsqueda de literatura no se ha encontrado trabajos sobre parámetros en la interpretación.

Sin perjuicio de lo anterior, en la elaboración del proyecto se ha indagado sobre la eficacia de la que goza la medida cautelar de embargo en forma de retención, encontrándose que la misma -en la práctica- favorece al deudor cuando el retenedor no posee bienes para satisfacer el pedido de cautela, o cuando éstos son insuficientes, como veremos más adelante.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. NOCIONES PREVIAS

El Derecho -en tanto disciplina- está integrado por diversas doctrinas y teorías⁷ que intentan sistematizar y economizar las explicaciones de la problemática jurídica en breves postulados. Dicho trabajo es emprendido con el fin de dotar de conceptos y relaciones conceptuales que resultan imprescindibles para el trabajo del jurista o el estudioso del Derecho.

Estas teorías y doctrinas tienen por objeto sistematizar el conocimiento que sustenta una institución jurídica, por lo que su dinamicidad y capacidad para hacer entender la práctica jurídica -es decir, ordenarla según principios superiores- es clave para el desarrollo de esta disciplina.

Por ello, en el presente capítulo definiremos el marco doctrinal que sustenta la investigación, haciendo explícitos los fundamentos teóricos que constituyen piedras de toque en la discusión desarrollada líneas abajo.

Los fundamentos teóricos no serán sometidos a discusión pues excedería la finalidad planteada en la investigación; sin embargo, hemos llevado a cabo

⁷ Según la epistemología, una teoría es un sistema de enunciados con características propias como coherencia, poder predictivo y deducción desde un cuerpo superior de postulados (Mosterín 2000, p. 25)

el desarrollo de las definiciones -operativas en cierto sentido- y postulados heurísticos básicos para que el lector consiga establecer el marco de referencias respectivo a las bases de la institución cautelar.

Para este fin, inicialmente hemos abordado una explicación sucinta de la Teoría del Proceso como postulado esencial para la formulación y evaluación de la discusión posterior y a continuación desarrollaremos el concepto de Tutela Jurisdiccional, como un tema separado, dada la importancia que su cabal entendimiento posee para nuestra investigación. Hemos de recordar que, la finalidad mediata de la institución cautelar resulta sumamente relevante para el desarrollo del tema tanto en el ámbito práctico como en el doctrinario y, principalmente, por su estrecha relación con la finalidad última del proceso.

Posteriormente, hemos desarrollado la Teoría Cautelar como cuerpo especializado que deriva del aparatado anterior e intenta corregir y sincerar la estructura conceptual a nuestra realidad, para luego tratar en un acápite la medida cautelar y la dinámica especial de dicha situación creada por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, señalamos los mecanismos necesarios para alcanzar los lineamientos de acción desprendidos de la Teoría Cautelar, los que son agrupados dentro del concepto de tipología de red, para, finalmente, desarrollar el embargo en forma de retención como medida cautelar específica y los procedimientos que forman parte integral de tal institución.

2.2. TEORÍA DEL PROCESO

La Teoría del Proceso es el cuerpo de conocimientos, principios (materiales y heurísticos) que abordan el problema del conflicto judicializado. Intenta sistematizar el conjunto de principios y conceptos que abordan la actuación jurisdiccional y la racionalidad de los procedimientos que la informan y desarrollan.

Este acápite abordará la Teoría del Proceso desde los tres conceptos claves: acción, jurisdicción y proceso.

2.2.1. ACCIÓN

Se denomina acción a un poder jurídico que tiene el individuo de dirigirse a los órganos de la jurisdicción (Ticona Postigo, 1996). Desde este punto de vista la acción se caracteriza por su vinculación al derecho subjetivo privado.

En algún momento del desarrollo de la doctrina, la acción fue asociada al derecho mismo, actualizándose ante su lesión; es decir, operaba cuando el derecho subjetivo era colocado en riesgo o era lesionado.

Sin embargo, la presencia de litigios en los cuales no existían derechos en el fondo de la discusión (v.g. nulidad de acto jurídico) destruyó dicha concepción. A partir de este momento se postula la autonomía conceptual y material de la acción del derecho subjetivo mismo.

Calamandrei define: “la acción es el derecho subjetivo autónomo (esto es, tal que puede existir por si mismo, independientemente de la existencia de un derecho subjetivo sustancial) y concreto (esto es, dirigido a obtener una determinada providencia jurisdiccional, favorable a la petición de reclamante)” (*Apud* Sentís 1973, p. 256).

La definición anterior corresponde a un último desarrollo teórico sobre la acción y su naturaleza y, a la vez, planteó grandes discusiones dentro del Derecho Procesal.

Las dos perspectivas clásicas que consideran a la acción como derecho concreto o abstracto han recibido un trato deferente por parte de los juristas y abogados, por lo que es necesario mencionar brevemente la naturaleza jurídica que ostenta la acción a la luz de la historia, más aún cuando recurriremos a este concepto y su definición para desarrollar la discusión de fondo, pues, como veremos, la solicitud de cautela tiene como fundamento al Derecho de Acción.

El derecho de acción como derecho abstracto

Esta corriente postula que el derecho de acción es autónomo e independiente de la pretensión y demás conceptos materiales. Oscar Von Bulow (Quintero 1995, 121) señala la naturaleza “pública” del Derecho de Acción, a la vez remarca su carácter autónomo, en la medida que sostiene que el derecho de acción no relaciona a las partes de la relación jurídica sustantiva, sino al demandante con el Estado. De esta manera podemos identificar el germen de la responsabilidad estadual respecto de las necesidades de tutela de parte de sus integrantes, concepción que resulta sumamente relevante para el planteamiento de nuestra tesis, directamente relacionada con el derecho de los administrados a la Tutela Jurisdiccional Efectiva a partir de la definición de los parámetros que se debe tener en cuenta para considerar ejecutada una medida cautelar de embargo en forma de retención y la actuación misma de los operadores jurisdiccionales.

El mismo autor afirma además que “antes de iniciarse un proceso no hay acción: este sólo existe cuando se interpone la demanda” (*ibíd.*) puesto que las pretensiones de las partes únicamente podrán ser tuteladas mediante el ejercicio del derecho de acción, a partir del cual inicia la obligación de protección estadual del derecho individual.

Otro desarrollo interesante se realiza por Kohler (citado por Quintero 1995, p. 256). Él reafirma la característica “subjetiva” y “abstracta” del derecho de acción, y sostiene que todo sujeto de derecho tiene Derecho de Acción (elemento intrínseco a la personalidad humana), pero no está condicionado a la obtención de una sentencia favorable.

En suma, una persona puede ejercer el Derecho de Acción independientemente de que lo acompañe una razón o fundamento para alcanzar una sentencia favorable, lo que no obsta para que sea pasible de protección jurisdiccional.

A criterio de muchos, Adolfo Wach (Quintero 1995, p. 244) marca el punto de no retorno en la doctrina sobre la teoría autónoma del Derecho de Acción. A partir de dicho momento la ciencia procesal puede considerarse: “autónoma”. Según el desarrollo actual de esta corriente, la Acción se independiza no solamente del derecho sustancial, sino también del resultado del proceso. Es decir, que la decisión final recaída sobre el fondo es absolutamente distinta al ejercicio de Derecho de Acción.

Asistimos al surgimiento de un derecho abstracto, genérico, universal, que integra la relación sustancial que subyace el proceso. Este desarrollo trajo como consecuencia la plena autonomía conceptual y normativa de la pretensión con respecto a la acción. Sin

embargo, abordar dicha discusión y los monumentales desarrollos teóricos producidos en el ínterin de aquella excede la delimitación de la presente discusión.

Centrándonos en el tema específico, podemos indicar que procesalistas de la talla de Giuseppe Chiovenda (1903, p.37) y Piero Calamandrei (1996, p.198) apoyaron la doctrina de la acción como derecho concreto. Aunque el primero reflexionó y corrigió su postura con el paso del tiempo. Pero es Carnelutti quien reafirma de modo definitivo el carácter “autónomo”, “abstracto” y “público” del derecho de acción.

Posición que aporta el primer fundamento de nuestra disertación, debido a que sienta las bases para considerar al derecho de acción como la puerta de entrada al derecho de tutela que únicamente podrá justificarse con la consecución de la finalidad del proceso tanto desde una perspectiva abstracta como a partir del caso concreto.

2.2.2. JURISDICCIÓN

Es común en la doctrina abordar el tema de la jurisdicción desde la perspectiva constitucional por la que es definida como la facultad exclusiva que tiene el Estado para resolver conflictos e incertidumbres jurídicas relevantes.

Es así que, el artículo 139°, inciso 1°, de la Constitución política del Perú, reserva la potestad jurisdiccional a los organismos estatales, en específico a la función jurisdiccional, lo cual es en apariencia y, hasta la actualidad, una restricción para que cualquier otra organización distinta de la formalmente establecida y perteneciente al aparato gubernamental pueda ejercerla, límite normativo y doctrinario respecto del cual se desarrollará la presente tesis, pues encuentra estrecha relación con la formulación de la Tutela Jurisdiccional Efectiva contemplada de manera programática en el mismo artículo 139°, inciso 3°.

A partir de esta formulación programática es que se desarrollan o regulan los fines del proceso establecidos en el Título Preliminar y primeros capítulos del Código Procesal Civil, los mismos que constituyen los lineamientos claves sobre la jurisdicción, lineamientos principistas que deben ser respetados y contrastados en la aplicación de las demás normas del referido cuerpo legal, incluido el capítulo referente a las medidas cautelares.

La jurisdicción es el poder-deber del Estado destinado a solucionar conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas (Monroy Gálvez 1987, p. 75). Como los hemos mencionado, es una facultad ejercida en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto.

En el caso peruano pueden surgir preguntas como: ¿por qué la jurisdicción es un poder? La respuesta proviene de La Constitución Política del Perú, que en su artículo 138° establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la normatividad.

Los poderes clásicos de la jurisdicción son *Notio* (poder que tiene el órgano jurisdiccional para conocer la cuestión propuesta), *Vocatio* (consiste en ordenar la comparecencia de los litigantes y seguir el proceso en rebeldía), *Coertio* (empleo de los medios necesarios dentro del proceso, para que se cumplan los mandatos judiciales, como son los apremios y las multas), *Iudicium* (la litis normalmente se soluciona a través de la sentencia) y *Executio* (poder para hacer cumplir las sentencias con la calidad de cosa juzgada) (Monroy Gálvez 1987, p. 64).

Estas potestades clásicas todavía se encuentran vigentes en las disertaciones doctrinarias y, para efectos de la presente discusión, a pesar de considerarse importantes todos aquellos, se constituye como apoyo teórico lo referente a la *executio* como poder de órgano jurisdiccional para asegurar el cumplimiento de las sentencias con calidad de cosa juzgada, el cual se activa desde el momento en que es ejercida la acción e instrumentalmente es materializado por las medidas cautelares, entre estas, la de embargo en forma de retención.

Según ello, si la finalidad de las mismas es la de otorgarle seguridad al solicitante de que lo ordenado en la sentencia será cumplido o ejecutado oportunamente puesto que *“en todo proceso existe el riesgo de que la sentencia definitiva presente dificultades de ejecución, porque aquellas personas que podían preveer el resultado perjudicial, han adoptado disposiciones que convirtió en inútil la sentencia que se dicte”* (MONTENEGRO CANNON 2000, pág. 15); entonces, es perfectamente aconsejable que en el caso concreto dicho resultado de la sentencia sea asegurado a través de una medida cautelar y, para que ello sea posible, dicha medida debe ser eficaz.

Esta eficacia depende estrictamente del ejercicio de la función jurisdiccional por los propios operadores jurisdiccionales y, siendo que se trata de personas con conocimientos jurídicos, pero finalmente personas, resulta recomendable establecer parámetros específicos a partir de los cuales se considere ejecutada una medida cautelar, como en el caso del embargo en forma de retención. Tal necesidad es extraída del ámbito práctico al que haremos alusión más adelante.

2.2.3. PROCESO

En su definición más difundida la palabra proceso viene a significar una serie de hechos o actos que se suceden unos a continuación de otros y que tienen por objeto un fin determinado.

Constituye la actividad que despliegan los órganos del Estado en la creación y aplicación de normas jurídicas (Palacio 2003, p. 71). Sin embargo, la terminología jurídica tradicional utiliza esta designación como sinónimo de *proceso judicial*, aunque no excluye a la actividad que se desarrolla por y ante los árbitros y demás métodos heterocompositivos de solución de conflictos (Palacio 2003, p. 72).

Para efectos de nuestra tesis, el término proceso está referido a los dos tipos de proceso inmersos para asegurar una tutela jurisdiccional efectiva, puesto que es necesario que el Juez haga uso de su poder de dirección para asegurar dicha tutela en el proceso principal; así como, para determinar la procedencia de un proceso instrumental (procedimiento) respecto del primero en el cual, según Monroy Palacios, nos señala que la actividad del juez en este sentido “...asegurar la eficacia del proceso [principal] sea cual fuere su función (de conocimiento o ejecutiva)...” (MONROY PALACIOS, 2002, pág. 132); según la posición del mencionado autor, al tratarse de un trámite que se da a lo largo de todo el proceso principal y su eficacia perece con la culminación del mismo, no es posible catalogarlo como proceso cautelar, sino como procedimiento cautelar que se tramita en cuerda separada del expediente principal.

Definición

En consecuencia el proceso viene a ser el conjunto de actos que tienen por objeto la resolución ya sea de un conflicto de intereses o de un litigio.

A continuación corresponde aclarar algunos aspectos conceptuales sobre el proceso y otros mecanismos que serán importantes cuando abordemos el problema de la investigación.

Proceso y juicio

Aun cuando son utilizados como sinónimos los términos *proceso* y *juicio* corresponde destacar que poseen diferentes significados. Mientras que el primero comprende lo indicado líneas arriba, el segundo abarca una operación mental de deducción/inducción consistente en partir de unas premisas y arribar a una conclusión.

En ese sentido, el proceso es aquel procedimiento formalmente establecido en las llamadas normas adjetivas cuya finalidad es asegurar la tutela jurisdiccional efectiva a los usuarios que ejerzan su derechos de acción y hayan comprobado estar legitimados para que sean amparadas sus pretensiones; ahora, la determinación de dicha legitimidad y correspondencia de derecho es el resultado de un ejercicio judicial por parte del juez.

Proceso y procedimiento

De manera complementaria podemos indicar que el proceso representa el conjunto de actos que son necesarios, en cada caso, para obtener la creación de una norma individual (Chiovenda 1922, p. 160).

El procedimiento, en cambio, constituye el conjunto de fases o etapas que el proceso puede comprender, mas no abarca los principios y demás líneas de acción que guían a los operadores judiciales. Es la mera reunión de actos mecánicos necesarios par alcanzar los principios propios del proceso. Al procedimiento de primera instancia puede seguir un procedimiento de segunda instancia, en cuyo caso el proceso se integra en uno solo.

2.3. TEORÍA CAUTELAR

2.3.1. LOS PROCESOS CAUTELARES

Los procesos judiciales pueden clasificarse según diversos criterios, siendo el más difundido y aceptado aquel que los clasifica por su finalidad, o criterio de función: de cognición y de ejecución.

Pueden ser clasificados también según la naturaleza de la pretensión: declarar el derecho, ejecutar el derecho o asegurar el cumplimiento

de una sentencia⁸ (Fairen 1990, p. 145). Debemos precisar que, aún cuando en doctrina subsista alguna discusión sobre la naturaleza del proceso cautelar como proceso o procedimiento, en este estudio optamos por considerarlo como un mero procedimiento.

Para fundamentar de mejor modo la anterior afirmación retomemos nuestra definición de proceso y las características que emanan de ella. Hemos indicado que proceso es el conjunto de actos que tiene por objeto la solución de un conflicto o litigio, de lo que se desprende su naturaleza eminentemente teleológica: alcanzar la solución de un conflicto (paz social, según nuestro modelo procesal). Esta finalidad determina una necesaria jerarquización de las actuaciones de los sujetos procesales; mientras más directa sea la actuación para la prosecución de los fines del proceso mayor relevancia obtiene el sujeto procesal y la actuación que realice.

En este caso, el instrumento de mayor importancia es el proceso mismo. En el desarrollo de éste se instrumentalizan actos sucesivos para objetivos cortos: procedimientos. Ello será mucho más claro cuando consideremos los principios propios de la tutela cautelar y sean comparados con los fines del proceso, ya que nuestro Código Procesal Civil ha asignado una finalidad específica al procedimiento cautelar (artículo 608°), lo que confirma que es correcto el criterio de

⁸ Este autor desarrolla la posición tradicional que concibe al procedimiento cautelar como proceso, la que sin embargo, desechamos en el presente trabajo.

considerarlo como procedimiento, antes que como proceso y a la vez determina el decurso que seguirá nuestra investigación (Martel 2002, p. 90).

2.3.2.- CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR.

Es pertinente en este punto hacer una reseña de lo establecido por el artículo 612° del Código Procesal Civil, que regula como características de las medidas cautelares el hecho de que “...*importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.*”. Sin embargo, dicha regulación encuentra mayor desarrollo en el ámbito doctrinario en el cual se atribuyen otras características a esta institución jurídica.

En el sentido anteriormente acotado podemos afirmar que el procedimiento viene a ser la forma de materializar los actos previstos en la norma respectiva; implica seguir, paso a paso, las reglas que ella establece para el trámite y desarrollo de un acto procesal determinado y a la vez implica que tal procedimiento tenga ciertas características, las que en el caso del procedimiento cautelar, son:

a) Reservado⁹

Significa que este procedimiento en tanto sea tal, de ninguna manera debe ser publicitado, sino que exige reserva durante su trámite, a fin de que no se frustre la decisión dictada por el órgano judicial.

En efecto, este principio es clave para el alcance los fines de la tutela cautelar, ya que, en caso contrario, haríamos inservible la institución procesal y empezaríamos seguramente a justificar su desaparición o modificación so pretexto de su inoperancia.

Esta característica deriva del principio consagrado en el derecho romano, denominado *inaudita pars* (sin oír a la otra parte), quedando suspendidos en este caso los principios de bilateralidad y contradicción hasta la ejecución de la medida. Así, en el caso de la medida cautelar de embargo en forma de retención, es imperativo que la reserva del procedimiento se mantenga hasta que se haya asegurado que el bien materia de retención efectivamente se encuentra en poder del retenedor, caso contrario, el procedimiento cautelar devendrá en ineficaz.

⁹ Artículo 637. Trámite de la Medida : "La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido, sin embargo, pueden excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta la pretensión principal.

Al término de la ejecución, o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna".

Generalmente se piensa que únicamente es tarea de los Jueces, los auxiliares de Justicia y en todo caso del Poder Judicial ser celosos guardianes y garantes de esa reserva y que todo quiebre de esta es atribuible a dichos funcionarios. Pero la responsabilidad de dicha infracción –y posible perjuicio- también corresponde a los justiciables, sus abogados y todo aquél que tenga un nivel de manejo o conocimiento de la petición cautelar.

Alcanza a todos aquellos que participan de la elaboración de la solicitud, su presentación y tramitación interna dentro del Órgano Jurisdiccional, quien toma la decisión y, claro está, quienes intervienen en la ejecución; dentro de estos último a los órganos de apoyo jurisdiccional, como el caso del retenedor, tanto si se trata de una persona natural como de un persona jurídica en el caso de las casas financieras, etc.

De esta forma, una vez recibida una petición cautelar por el órgano jurisdiccional, corresponde a éste tomar la decisión con estricta observancia de esta característica del procedimiento. La reserva del procedimiento cautelar alcanza a toda su fase de ejecución, y solamente finalizará una vez alcanzado su objetivo: asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Ello, en definitiva, implica supeditar las formalidades al cumplimiento material de los fines cautelares en todo el

procedimiento, pero principalmente, en el caso de la ejecución misma, debido a que de notificarse de manera antelada al afectado con la suscripción del acta de retención, sin asegurarse de que dicha retención sea posible factualmente hablando podría significar la imposibilidad de la ejecución de la propia medida cautelar y de la decisión final en el proceso principal.

b) *Inaudita et altera pars* (sin oír a la parte contraria)

Característica del procedimiento cautelar por la que el Juez toma la decisión de amparar o denegar la petición cautelar sin oír a la parte contraria: es decir sin notificarle de tal pedido. Esta exigencia resulta obvia para que no ver frustrados tanto la finalidad de la medida cautelar como su eficacia.

Esta característica debe permanecer en el marco normativo de la medida cautelar ya que permite enervar el peligro en la demora que justifica la decisión de amparar el pedido cautelar¹⁰.

¹⁰ Los presupuestos de la medida cautelar no constituyen meros requisitos para fundar una decisión afirmativa sobre una solicitud cautelar. En un sentido dinámico, los presupuestos procesales son el marco fáctico que circunda a la relación procesal (la medida cautelar forma parte de ella). Por lo que, dichos presupuestos describen una situación de riesgo y la ejecución e implementación de dicha medida no debe agravarla, incrementándolo. En caso contrario su ejercicio deviene en irracional. En cuanto al riesgo asumido, en un inicio correspondió al acreedor solicitante pero posteriormente es el operador judicial que enfrenta semejante riesgo, no por propio título sino por el carácter exclusivo, unitario y vasto de la jurisdicción como poder-deber del Estado ante el ciudadano.

Si bien existe una aparente privación del derecho de defensa debe decirse que el Código Procesal Civil establece la restricción del derecho de contradicción, postergado para hacerse valer una vez ejecutada la medida, el que no ha sido eliminado ni proscrito.

Los motivos para tal restricción obedecen a la finalidad misma de la medida cautelar, a la urgencia de tutelar derechos o situaciones jurídicas o de hecho, evitar actos que impliquen que el derecho futuro se convierta en ilusorio, supuesto que por ejemplo sucede cuando el probable afectado se desprende de los bienes que servirían para asegurar el pago de un crédito. Esta es una conducta estratégica que forma parte de la lógica del deudor en nuestra sociedad.

c) Rapidez

Una petición cautelar exige que la decisión pueda ser tomada inmediatamente, y ejecutada con igual rapidez, sin que ello deba entenderse como algo extraordinario y malo. El sustento de esta actuación legal reside en el simple y contundente motivo de que toda petición cautelar presupone urgencia, razón por la cual debe decidirse rápidamente. Cabe indicar que esta característica guarda íntima relación con uno de los requisitos para su concesión: el peligro en la demora.

La característica de la rapidez, no exime de verificar la concurrencia copulativa de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar y del ofrecimiento de contracautela (BORDALÍ SALAMANCA, 2001, pág. 55). Lo urgente no implica prescindir de la calificación de la petición cautelar, pero exige actuar rápidamente, pues de otra manera podrían verse afectados la eficacia y la finalidad de la medida. En este momento tienen gran importancia las facultades discrecionales disciplinarias del juzgador, tendientes a impedir el éxito de estrategias de un deudor irresponsable al amparo de la lentitud en la concesión y ejecución de una medida cautelar.

Un juez que ante un pedido cautelar no le presta la debida atención puede ocasionar la desprotección y falta de tutela judicial efectiva en asuntos que son contrarios a la finalidad del proceso cautelar, y -como veremos- del proceso civil en sí mismo.

d) Autonomía

El Código Procesal Civil establece que todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma un cuaderno especial.

Sin embargo, como hemos señalado, ello no implica su total separación sino una mera distinción operativa para alcanzar los fines del proceso y de esta institución en específico. Esta relativa autonomía nos permite no perder de vista la trascendencia de la discusión central que ha originado la *litis*, ya que el trámite de la solicitud cautelar es independiente del tema de fondo indicado.

Esta característica es criticada por la mayoría de doctrinarios; sin embargo, autores como Juan José Monroy Palacios nos señala que con el transcurso del tiempo, la teoría cautelar se ha consolidado como institución, diferenciada, destinada a cooperar con el desarrollo del proceso. (MONROY PALACIOS, 2002, 175).

Con lo anteriormente señalado, hemos de acotar que la autonomía de la cautela debe ser tratada desde un punto de vista material y no procesal.

e) Instrumentalidad

En cuanto al aspecto funcional, en cambio, el procedimiento cautelar carece de autonomía, por cuanto su finalidad consiste en el aseguramiento de la eficacia práctica de la sentencia.

Pietro Calamandrei refiere que la instrumentalidad consiste en que *“la tutela cautelar, es en relación al derecho sustancial una tutela mediata, que contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia, es el instrumento del instrumento...”* (CALAMANDREI, 1936, pág. 162)

Según ello, las medidas cautelares cumplen con una acción especial en relación al resto de los actos procesales debido a que este instrumento, con respecto del proceso principal, no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal. (ORTELLS RAMOS, 1995, pág. 637).

2.3.3.- EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN CAUTELAR.

Independientemente del amparo o rechazo de la petición cautelar, una resolución judicial en dicho sentido no pone fin al procedimiento cautelar sino que son los actos procesales posteriores los que la materializan; en el caso de concederse, su ejecución dependerá de actos posteriores.

Ante un pedido cautelar el Juez puede decidir admitirla o rechazarla, mas en ningún caso estaremos frente a un supuesto de cosa juzgada, debido a que la decisión cautelar concesoria de la medida solicitada puede ser variada o modificada por actos procesales posteriores (más adelante incidiremos en su variabilidad).

En los casos de peticiones cautelares antes de proceso, el Juez no sólo cuida de las exigencias del Código Procesal Civil sino también del cumplimiento de las condiciones de la acción y los presupuestos procesales de forma que deben ser satisfechos por el demandante.

Debemos indicar además que la medida cautelar puede afectar bienes y derechos del obligado o de un tercero (siempre y cuando éste sea citado con la demanda y se acredite su interés en la pretensión), conforme se verifica de lo establecido en el Código Procesal Civil. En ambos casos, la posibilidad de defensa se halla debidamente garantizada.

2.3.4.- IMPUGNACIÓN

El régimen de la impugnación de la resolución cautelar es relevante para los efectos de entender si el proceso cautelar peruano guarda o no armonía con su finalidad y con el valor de la eficacia.

El artículo 637° del CPC establece que “*..una vez dictada la medida cautelar la parte afectada puede formular oposición en el plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar...*”. Esta primera lectura puede conducir al lector a considerar que la notificación al deudor se efectuará luego de concedida la medida cautelar (sin requerir su ejecución), lo que haría necesario reformular totalmente el objeto de este estudio.

Sin embargo, la misma norma en comento da la solución a esta aparente confusión cuando refiere que “...*La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida...*”. Si bien la técnica legislativa empleada no es la mejor, es evidente que la *ratio legis* de la norma aludida está dirigida a permitir que el deudor formule oposición a la medida cautelar, sólo una vez que se haya ejecutada ésta, ya que solamente así guardaría congruencia con la característica de la reserva del procedimiento cautelar.

Debemos indicar que, antes de su modificación, el artículo 637° del Código Procesal Civil establecía que al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso¹¹.

Si bien este texto no se mantiene vigente, es indudable que la parte afectada podrá ejercer su derecho constitucional a la pluralidad de instancias en cuanto sea notificada con la medida cautelar -sin perjuicio de la oposición que corresponda- y siempre que se cumplan con los requisitos generales para tal fin¹². Éste está íntimamente relacionado con la cautela y ésta a su vez con la prestación de la obligación.

¹¹ Modificación por ley N° 29384 del 28-06-09.

¹² Cabe indicar que no toda medida cautelar provoca agravio en el ejecutado. Únicamente, cuando exista un perjuicio directo en su patrimonio (v.g. el costo de oportunidad ante la inminencia de un próximo negocio) pero no en cualquier caso (v.g. embargo sobre depósitos a plazo fijo, cuyo origen implica un no uso por el deudor). En todo caso, ello debe observarse

Por ello, *a priori* no se puede afirmar que el agravio que expresado al sustentar un recurso impugnatorio sea el pagar la deuda, o su posibilidad. Más aún deviene en ridículo el ejercicio de un medio impugnatorio cuando no se ha cautelado la totalidad del contenido de la prestación porque ello presupone dos aspectos: la existencia de una intención para no cumplir la prestación y la posibilidad de haber transferido los bienes restantes para una ejecución de otra medida cautelar posterior¹³.

El recurso impugnatorio será interpuesto y concedido sin efecto suspensivo como lo prevé el artículo 372° del Código Procesal Civil. En suma, podemos decir que al haberse establecido como regla general para impugnar la concesión de una medida cautelar, la apelación sin efecto suspensivo, se favorece la eficacia del procedimiento porque permite la continuación de los efectos de la tutela jurisdiccional efectiva.

en cada proceso y según las circunstancias que la rodean. En caso contrario, dicho requisito ha venido a constituir un formalismo más en la interposición de los medios impugnatorios.

¹³ En el presente trabajo, consideramos que la conducta estratégica antes mencionada se ejercita cuando hay bienes suficientes para cautelar la decisión final hasta el monto indicado en la solicitud de medida cautelar pero no son afectados. Por lo que la notificación de la medida cautelar que comprende un monto menor al pedido implica alertar al deudor sobre la posible ejecución de una medida cautelar posterior. Ello pues no se prevé la posibilidad de seguir ejecutando la medida cautelar hasta que se hayan agotado todas las posibilidades reales y potenciales para perseguir dichos bienes restantes hasta el monto concedido en la decisión del juzgador. Ello amplía el ámbito de la medida cautelar por lo que en el mismo modo lo hacen los demás elementos como la contracautela.

2.3.5.- PRESUPUESTOS PARA SU CONCESIÓN

Constituyen presupuestos para la ejecución de las medidas cautelares, los siguientes:

a) Verosimilitud o apariencia del derecho invocado

Implica realizar un juicio de probabilidad, provisional e indiciario a favor del accionante en relación al derecho que invoca en el proceso principal. Según Monroy Palacios (2002, p. 165) la verosimilitud no sugiere que el Juez evalúe la fundabilidad de la pretensión sino que considere si la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace, al menos, discutible. Este requisito también llamado *fumus boni iuris* no exige comprobación de certeza, sino solamente de “humo” o apariencia de derecho, esto es, probabilidad. *“Esta expresión significa apariencia del derecho o verosimilitud de este, y está referida a que la medida cautelar se concede al demandante o actor no porque ostente un derecho indiscutido y pleno sobre el objeto del proceso, sino, porque simplemente “prima facie”, es decir, preliminarmente su pretensión o derecho invocado parece amparable, situación que debe acreditarse con una prueba documental”* (Pelaez Bardales, 2007).

b) Peligro en la demora

La Doctrina que inspira nuestro Código Procesal Civil ha considerado que la sola duración del proceso importa peligro en la demora. Ello

obedece porque el tiempo de duración del proceso principal puede hacer ineficaz el derecho del accionante dada la coyuntura del sistema judicial peruano.

El peligro en la demora o *periculum in mora* puede derivar no solo de la duración del proceso, sino también de conductas, hechos o actos de mala fe del emplazado. Ellas están orientadas a dificultar o impedir la realización y cumplimiento de la pretensión del actor.

Calamandrei (*Apud* Monroy Palacios 2002, p. 177) distinguía dos tipos de peligro en la demora: Peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal. El primero, alude a una urgente necesidad de asegurar de manera preventiva la eficacia de la sentencia final. El segundo, está referido a la "aceleración", en vía provisoria, de la satisfacción del derecho.

Esta tesis no es compartida por Monroy Palacios (2002, p. 185) quien en conclusión sostiene que existe un solo peligro en la demora, de que lo solicitado en la pretensión sufra un perjuicio – irreparable, o no, durante el transcurso del proceso. “...*El periculum in mora que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro ulterior de daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de*

acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de un daño ulterior, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar...” (Calamandrei, 2005).

c) **Contracautela**

La contracautela, como su nombre lo sugiere, es la garantía – ofrecida por el solicitante de una medida cautelar- de resarcir los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar con la ejecución de la medida. Estos daños pueden ser ocasionados a terceros, por ejemplo cuando se embarguen bienes que no pertenecen al deudor; y a la vez pueden ser ocasionados al propietario de los bienes afectados con la medida, por ejemplo en caso que la demanda sea desestimada y no se ampare la pretensión contenida en el proceso principal.

Sin embargo, la concurrencia de este requisito no debe evaluarse únicamente para los efectos de concederse la medida cautelar, sino también para regular su ejecución. Así fluye nítidamente del artículo 613° del Código Procesal Civil, coincidente con la doctrina en este aspecto. Además, la contracautela viene a constituirse en un cuasi derecho del ejecutado pues le proporciona seguridad al riesgo transferido desde el acreedor y el operador judicial al implementarse la medida cautelar.

Conforme lo establece el Código Procesal Civil, la contracautela puede ser de naturaleza real o personal, comprendiéndose en este último caso a la caución juratoria¹⁴, siempre que se encuentre debidamente fundamentada.

2.3.6.- CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR

Habiendo señalado las características que debe poseer el procedimiento cautelar (en tanto conjunto de actos destinados a conceder y ejecutar una medida cautelar), a continuación describiremos las principales características de la Medida Cautelar: Provisoriedad, Instrumentalidad y Variabilidad.

a) Provisoria

Monroy Gálvez (1987, p. 36) sostiene que "*esta característica es la más definitiva y propia de las medidas cautelares, y que la entenderemos mejor si distinguimos los conceptos de temporalidad y provisoriedad*". Temporal es aquello que no dura siempre, que tiene una duración limitada en el tiempo; en cambio lo provisorio es aquello que está destinado a durar hasta que ocurra un hecho sucesivo y esperado. En este caso el vocablo provisorio incluye la temporalidad, pero con la atingencia de que además la medida cautelar se encuentra

¹⁴ La caución juratoria, o fianza personal, es aquella que presta el solicitante de la medida cautelar, garantizando que -en caso se ocasionen daños o perjuicios con la ejecución de la medida cautelar que solicita- responderá con su patrimonio personal.

sujeta a un resultado futuro: la sentencia dictada en el proceso principal y su posterior ejecución.

Silvia Barona Vilar (2000, p. 197) afirma que las medidas cautelares no pretenden convertirse en definitivas, por lo que deben dejarse sin efecto cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento. Sea por cumplimiento de la sentencia, por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas o por variación en los presupuestos que fundamentan la medida cautelar.

Conforme a lo anotado, la provisoriedad de la medida cautelar deja claro que su permanencia y duración dependen de la suerte del proceso principal y del marco fáctico que rodea a ambos.

b) Instrumental

Es la función y finalidad por excelencia que le asigna la doctrina al procedimiento cautelar, y recogida por nuestro Código Procesal Civil. La instrumentalidad caracteriza de modo pleno a la medida cautelar, dado que no constituye un fin en sí mismo, sino que sirve para asegurar los derechos que se definen en el proceso principal.

Piero Calamandrei, (*Apud* Monroy Palacios 2002, p. 177) explica que "*La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela*

mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, medio predispuesto para el mayor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento".

c) Variable

La medida cautelar puede sufrir modificaciones o cambios, en cuanto a su forma, monto y bienes sobre los que ha recaído. En efecto, la obtención de una medida cautelar no implica su inmutabilidad, sino que ella puede ser modificada, sea por pedido del accionante o del afectado, supuestos que por lo demás son considerados por el Código Procesal Civil.

Cabe indicar, además, que tal variabilidad guardará intrínseca relación con los requisitos exigidos para dictar la medida cautelar: verosimilitud del derecho y peligro en la demora, de cuya existencia o modificación, dependerá también el mantener o modificar la medida cautelar concedida.

2.4. EMBARGO EN FORMA DE RETENCIÓN

La noción etimológica del término embargo, según el diccionario de la real academia de la lengua española, edición 2014, hace referencia al latín vulgar “embarazar”, término relacionado con el utilizado en la península ibérica para hacer referencia a la barra o “tranca” que se usa para asegurar las puertas (RAE 2014).

Dicho término, entonces ha sido transportado al ámbito jurídico para hacer referencia al obstáculo que se le interpone a una de las partes, como sinónimo de embarazo, impedimento, obstáculo, suspensión, paralización de su derecho, por orden judicial, a fin de asegurarse los resultados del proceso.

Jorge Carreras señala que “...en nuestro lenguaje jurídico la palabra embargo es sinónimo de traba, y el verbo trabar equivale esencialmente a juntar o unir una cosa con otra, es decir, a afectar a unir los bienes designados a la ejecución pendiente...” (CARRERAS, 1957, pág. 18).

Así, en el caso de Podetti, define al embargo como “...una medida cautelar provisoria, modificable, dependiente, dictada sin oír a la otra parte y de manera temporal...”

El embargo, por razón de sus efectos asegurativos, puede ser adoptado estructuralmente para que sirva de medida cautelar tipo para implementar nuevas medidas específicas de distinta forma como la retención.

Sirve como instrumento a la sentencia, que es constituida en un futuro próximo como título ejecutivo que el actor quiere procurarse. El Juez actúa anticipadamente asumiendo la legitimación necesaria para disponer de los bienes sobre los que recaerá el embargo.

El embargo en forma de retención consiste en la conservación de los bienes del ejecutado a partir de la emisión por parte del Juzgado executor de una orden dirigida al tercero no deudor o a aquél en cuyo poder se encuentran. Con el fin que conserve a disposición del órgano judicial el importe de la deuda o los bienes de que se trate.

Como se observa, el retenedor no modifica su relación jurídica con el obligado, sino que, en virtud del mandato que se pone en su conocimiento a través de la notificación respectiva, asume el deber de entrega del bien objeto de retención al juzgador. Se acostumbra solicitar embargo en forma de retención, por lo general, sobre los fondos y valores que el obligado tuviera en cuenta corriente, depósito, custodia o cobranza, ya sea individual o mancomunadamente, en las distintas instituciones bancarias y/o financieras.

2.4.1. FINALIDAD

La medida cautelar de embargo en forma de retención tiene por finalidad otorgar al solicitante la seguridad que lo ordenado en la sentencia va a ser cumplido o ejecutado. De esta manera se garantiza que no sólo va a obtener una simple declaración respecto de su derecho, sino que su pretensión va a ser amparada de modo efectivo a partir de bienes que han sido previamente puestos en custodia de una persona o del Juzgado competente.

Junto a la cognición, la ejecución y demás actividades dentro de las funciones jurisdiccionales importantes es posible agregar una nueva. Ésta es una finalidad auxiliar y subsidiaria: la actividad cautelar. Está dirigida a asegurar, a garantizar el eficaz desenvolvimiento y el proficuo resultado de las otras actividades propias de la jurisdicción.

2.4.2. EJECUCIÓN FORZADA

En primer lugar, las medidas para futura ejecución forzada son aquellas dirigidas a asegurar el cumplimiento de la obligación contenida en una sentencia de condena. Ellas garantizan que los bienes que van a ser materia de ejecución forzada se mantengan para su realización. Lino Palacio sostiene que el embargo es la medida cautelar "*... en cuya virtud se afecta e inmovilizar uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de*

conocimiento de ejecución, con miras a asegurar la eficacia práctica o el resultado de tales procesos" (2003, p. 875)

2.4.3. CONCEPTO DE RETENCIÓN

Retención es la acción y el efecto de retener o sea de detener, conservar, guardar en sí algo no propio. Se habla también -en el Derecho- de retener, en el sentido de suspender en todo o en parte el pago del sueldo, salario u otro haber que uno ha devengado hasta que se satisfaga lo que debe por disposición judicial o gubernativa (Espasa Calpe 2010).

La retención es una obligación que, por mandato judicial, se exige a quien debe hacer entrega de bienes o pagos al deudor el reservarlos a orden y disposición de la autoridad jurisdiccional que decretó esta medida preventiva. Esta medida supone la inmovilización de bienes y valores del afectado que realiza un tercero, quien se encuentra en posesión de ellos (no siempre en calidad de deudor).

2.4.4. EMBARGO COMO ACTIVIDAD PROCESAL

La finalidad esencial del embargo, en el derecho procesal, es permitir la realización de todos los actos necesarios para restaurar el desequilibrio patrimonial del ejecutante.

El embargo supone una actividad procesal porque a) es un acto jurisdiccional b) se dispone dentro de un proceso -en cuaderno especial-; c) está conformada no por un acto único sino por una serie de actos procesales que se interrelacionan; y d) sirve a la obtención de los fines del proceso.

La actividad procesal compleja que representa el embargo está enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados (en caso de ejecución forzada), y sin que se limite jurídicamente ni se proscriba la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes.

2.4.5. PROCEDENCIA Y OBLIGACIONES DEL RETENEDOR

El embargo en forma de retención procede únicamente cuando el obligado tienen derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros. Son derechos de crédito todas las acreencias dinerarias líquidas o liquidables que el afectado mantiene por cobrar en poder de terceros.

Son obligaciones del retenedor:

1. Conservar los bienes en el mismo estado en que los reciben, en el local destinado para ello, a la orden del juzgado y con acceso permanente para la observación de las partes.
2. Dar cuenta inmediata al juez de todo hecho que pueda significar alteración de los objetos en retención y los que regulen otras disposiciones bajo responsabilidad civil y penal.

2.4.6. EJECUCIÓN DE LA RETENCIÓN

El Secretario interviniendo sentará el acta de embargo en presencia del retenedor, a quien la dejará la cédula de notificación correspondiente, haciendo constar el dicho de éste sobre la posesión de los bienes y otros datos relevante. Si se niega a afirmar, dejara constancia de su negativa. Así lo establece el artículo 658° del Código Procesal Civil.

Será a partir de la notificación de la medida cautelar el retenedor que éste ostentará la calidad de depositario y estará en la obligación de retener y poner a disposición del Juzgado que decreto aquélla todo pago a realizarse en razón de los créditos existentes o los bienes del afectado que se encontrase poseyendo. Éste es el procedimiento indicado en el Código Procesal Civil y al cual volveremos más adelante.

CAPITULO III

DISCUSIÓN

3.1. ACERCA DEL MARCO TEÓRICO

El Derecho, reiteramos, está integrado por diversas doctrinas y teorías, que aún cuando no representan el único referente para su desarrollo, significan un pilar muy importante para sostener el enorme edificio difuso que representa su organización. Dichas teorías no son más que parte de los engranajes que mueven el sistema social, cuya finalidad es la organización de la sociedad que al reunirse también reciben el nombre de Derecho.

Así, una institución tan específica como la Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención, no escapa de ser uno de los mencionados engranajes que a pesar de sus características particulares sirve a todo el aparato jurídico, por lo tanto sus objetivos y finalidades deben estar en concordancia con los objetivos y finalidades del Derecho en general.

Ángel Latorre (1972) en su “Introducción al Derecho” hace referencia a las finalidades del Derecho y las orienta de acuerdo a sus aplicaciones prácticas y lo que esto implica. En ese camino, habla de la obtención de la Paz, en un sentido equivalente a seguridad social, lo que representa una finalidad muy importante del Derecho como mecanismo regulador que busca organizar una sociedad determinada. Por eso uno de sus sentidos, el sentido normativo, se denomina, precisamente, Ordenamiento Jurídico.

Una segunda finalidad, de las establecidas por aquel autor, es la de otorgar seguridad en las relaciones jurídicas, las que pueden resultar muy diversas puesto que pueden crearse, y efectivamente existen, múltiples y muy variadas relaciones que tienen como origen una determinada norma, en tanto se ejercen o reclaman los derechos que ella confiere.

Parte de las relaciones jurídicas las conforman aquellas que se establecen dentro de un proceso judicial, siendo la principal relación la que existe entre quien lo inicia y contra quien es iniciado. En tal sentido, debe ser bilateral, sea que tenga un carácter público o privado y, por inclusión, una de estas relaciones bilaterales se origina en los Procedimientos Cautelares.

La tercera finalidad que plantea Latorre es obtener seguridad jurídica frente al Estado¹⁵, que está muy relacionada con nuestro tema pues es justamente un estamento del gobierno, uno de sus poderes, el Judicial, quien se encarga de brindar dicha seguridad jurídica. Son los funcionarios que ejercen la potestad jurisdiccional los que están facultados para aplicar, interpretar y ejecutar el derecho positivo, por lo que, al momento de interpretarlo, deben asegurarse de no contradecir los principios establecidos y de alcanzar las finalidades comunes a todas las instituciones jurídicas, pues es la única forma de mantener el orden.

¹⁵ El término Estado, en este contexto, es utilizado para hacer referencia al Gobierno y al Estado propiamente dicho.

Esta tarea es muy difícil y debe responder a toda una conjunción de facultades, pues es tarea del legislador crear una ley que no sea demasiado rígida como para acarrear una aplicación maquina del Derecho, ni tampoco una ley demasiado flexible como para dejar un amplio margen de decisión al Juez, que lo lleve a cometer arbitrariedades.

Toda esta gama de finalidades converge en la más importante de ellas, la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona como Ser Humano, misma que es responsabilidad tanto del Gobierno como del Estado en general.

Estas finalidades se encuentran plasmadas en todos los ordenamientos jurídicos a nivel mundial¹⁶ y fundan los principios que los rigen, todos orientados hacia el respeto de los Derechos Fundamentales plasmados en las Constituciones de los Estados que dan origen, a su vez, al conjunto de normas, leyes y principios que conforman el Ordenamiento Jurídico.

3.1.1. TEORÍA DEL PROCESO: Contradicción y Bilateralidad

Habida cuenta que la Teoría del Proceso busca sistematizar el conjunto de principios y conceptos que abordan el problema del conflicto, o la incertidumbre jurídica, sometidos a la Jurisdicción, debemos anotar que, debido a su condición de parte dentro del

¹⁶ Salvo extrañas y muy funestas excepciones absolutistas como los rezagos comunistas en Cuba y el derecho religioso islamita e hindú.

cuerpo jurídico, dichos principios y conceptos deben guardar concordancia con los principios y conceptos generales del derecho y por supuesto deben cumplir con similares finalidades.

Así, tanto en el ejercicio del derecho de acción, frente al Estado, como en la pretensión en sí misma, opuesta al demandado, veremos que son principios básicos el de Bilateralidad -que implica la existencia de dos partes dentro del proceso-, como el de Contradicción, que exige la posibilidad del demandado de resistir la pretensión en su contra mediante similares mecanismos que los concedidos al que promueve el proceso. Siendo así, vemos que el derecho de acción, lleva intrínsecamente contenido el de contradicción, y sin cuya presencia no podemos hablar de proceso.

Si la Bilateralidad y Contradicción son excluidas del proceso jurisdiccional se estaría afectando el Derecho Fundamental al Debido Proceso y consecuentemente se quebrantaría la principal finalidad última del Proceso: paz social.

3.1.2. PROCESO CAUTELAR

Una lectura simple de las normas que regulan el Proceso Cautelar en nuestro Código Procesal Civil, permitiría afirmar que se desconocen los dos principios antes mencionados y, como veremos en el próximo punto, en la práctica jurisdiccional no existe un acuerdo al respecto.

Como sabemos, todo proceso es un conjunto de actos que tienen por objeto obtener una decisión respecto a un conflicto o litigio al amparo de principios que lo inspiran. Este conflicto implica dos posiciones y generalmente estas posiciones se representan por dos partes que actúan en contradicción pero en igualdad de condiciones sea cual fuere el proceso jurisdiccional del que se trate.

Es obligación de los sujetos que ejercen la función jurisdiccional asegurar un debido proceso tanto al demandante como al demandado, pues son sujetos cuya principal expectativa es lograr la protección jurisdiccional de sus derechos subjetivos, esto exige que aquellos funcionarios sean imparciales y que busquen, por tanto, alcanzar la finalidad del proceso que es la resolución del conflicto y eliminar la incertidumbre jurídica.

Es por esto que el llamado Proceso Cautelar es más un procedimiento que un proceso, puesto que su finalidad principal no es la resolución de un conflicto o incertidumbre jurídica en si misma, sino ser un medio para asegurar que la resolución final pueda ser cumplida o ejecutada. Pero de todas maneras contribuye con las finalidades del Derecho en general, busca alcanzar la paz social en justicia, la seguridad jurídica y sobre todo el respeto de los derechos fundamentales. Puesto que si se diera el caso de que es el demandante quien tiene la razón y es favorecido con una sentencia

judicial tendrá forma de hacerla cumplir, y si fuese el demandado quien tiene la razón podrá exigir se haga efectiva la contracautela correspondiente. Sin embargo, en este sentido se presentan muchos problemas puesto que los operadores jurisdiccionales no establecen una contracautela válida o revisten de inseguridades la ejecución de la misma¹⁷.

El procedimiento cautelar, en su inicio, sería una excepción a la regla de la bilateralidad y contradicción entre las partes pero con la atingencia del requisito de ofrecer una contracautela (ofrecimiento que según reciente disposición legal deberá ser fundamentado, proporcional y eficaz). Por eso es que desde el principio exige reserva, discreción y prudencia en su tramitación, si esta característica falla, quitaría al demandante la posibilidad de solicitar la ejecución de la decisión judicial en caso de ser atendido su pedido.

Siendo así, atendiendo a la rapidez y el carácter instrumental con el que debe contar el trámite de una medida cautelar, es que se permite postergar la contradicción en dicho procedimiento hasta después de ejecutada la medida, y éste constituye nuestro principal problema, porque si dichas características no son tomadas en cuenta se podría arribar a la ineficacia del embargo en forma de retención.

¹⁷ Quizás ésta haya sido la razón por la que, mediante ley N° 29384 del 28-06-09, al modificar el artículo 613° del CPC, se hayan incluido como requisitos para aceptar la propuesta de una caución juratoria: la fundamentación y la proporcionalidad y eficacia de la misma.

3.1.3. EMBARGO EN FORMA DE RETENCIÓN

Como decíamos, toda medida cautelar sirve como instrumento a la sentencia para que se asegure el cumplimiento de sus disposiciones, ya sea que afecten al demandante o al demandado. Por esta medida, el juez tiene la potestad de disponer la afectación de los bienes del afectado que pueden ser dinero o cualquier otro tipo de bien en posesión de terceros, por lo tanto la manera de proceder tanto del juez como de los auxiliares jurisdiccionales deberían variar y adecuarse a cada una de los casos que se presenten en la ejecución de tal medida cautelar.

La retención es la acción y efecto de retener, conservar, guardar para sí un bien que no es propio, esta acción, que a menudo resulta ilegítima e ilegal, en este caso se halla plenamente permitida por el ordenamiento legal puesto que busca alcanzar la finalidad de proteger la decisión final en el proceso principal; sin embargo, por ser una excepción a la regla, su aplicación debe ser cuidadosamente controlada y tramitada de manera responsable por el juez y los auxiliares jurisdiccionales. Al momento de aplicar esta medida en un caso concreto, el juez debe cuidar que su interpretación no afecte los fines generales del Derecho, los fines del Derecho Procesal, ni los fines del Procedimiento Cautelar.

Deberá cuidarse, en primer término de establecer el tipo de bien o derecho afectado, puesto que la manera de proceder variará según las exigencias y características de cada tipo de bien. Si se tratase de derechos de crédito, la obligación de retener recae sobre la Entidad Financiera que los ostente¹⁸, para lo cual ya debió existir una tarea previa de acreditación de este hecho por parte del solicitante de la medida cautelar, todo esto en su propio favor. La situación ideal en este supuesto se presentaría si la Entidad Financiera ofreciera todas las garantías para cumplir con el mandato judicial. Sin embargo, sabemos que la mentalidad de nuestra región no se ajusta a este tipo de comportamiento, es más, tendemos a obstaculizar la acción de la justicia porque creemos que dicha acción redundará en nuestro perjuicio. Es así que las entidades financieras suelen hacer uso de procedimientos internos para impedir que la orden judicial sea ejecutada por considerar que si una parte del dinero con el que trabajan es retenido, se reportarán pérdidas tanto para ellos como para el cliente que está siendo afectado con la medida cautelar. En este sentido, se hace muy complicado pensar que una Entidad

¹⁸ La obligación de retener derechos de crédito no recae únicamente sobre entidades del sistema financiero, comprende diversas empresas que mantienen vínculos contractuales entre sí. Sin embargo, son las primeras quienes ostentan mejor desempeño como organización pues deben alcanzar niveles de eficiencia altos para cumplir con la regulación estatal en un marco de competencia. Dados esos incentivos se espera que sus acciones en cuanto al cumplimiento de resoluciones judiciales (ejecución de una medida cautelar) sean más rápidas y eficaces que las demás empresas o personas naturales. Por ello, en este trabajo abordaremos principalmente a ellas pues si se obtiene errores sistemáticos y deficiencias en estas empresas al cumplir una resolución judicial -que concede una medida cautelar de embargo en forma de retención- es posible establecer semejante tendencia en las demás empresas antes indicadas.

Financiera se comprometa a ejecutar un Embargo en forma de Retención con la sola recepción de la notificación con el mandato judicial.

Por lo tanto, si el legislador ha contemplado la posibilidad de realizar la notificación con el mandato judicial a los correos electrónicos de las entidades financieras, debería reglamentar este procedimiento. Entre las alternativas, se podría considerar que los juzgados lleven registros actualizados de los respectivos correos electrónicos de cada Entidad Financiera a nivel regional y nacional, pero que, a la vez, se cree un mecanismo por el que se logre obtener el compromiso formal de cada una de ellas para dar cumplimiento inmediato al mandato judicial sin que exista la necesidad de la presencia del secretario del juzgado. Pero esta posibilidad, consideramos, resulta aún lejana a nuestra realidad puesto que todavía existe el peligro real de que se filtre información acerca de la medida por parte de los funcionarios de la entidad financiera que le permita al afectado disponer de sus derechos de crédito antes de que estos sean objeto de retención.

Otro riesgo es que se utilice la burocracia propia de las entidades financieras para entorpecer la ejecución de la medida hasta que el afectado disponga de sus derechos de crédito, generalmente esta burocracia se justifica por lo delicado que resulta trabajar con bienes dinerarios de terceros. Por lo tanto serían muy pocas las medidas a tomar en contra de la entidad financiera que se resista a obedecer a la autoridad de manera soterrada.

Estos dos riesgos implican la frustración de la ejecución de la medida cautelar, por lo que los mecanismos a utilizarse en los juzgados necesariamente deberán contar con la presencia y gestión de un auxiliar jurisdiccional que inste su cumplimiento a los funcionarios de las entidades financieras. Es por esto que, actualmente, es necesario el apersonamiento a la entidad financiera del Secretario del juzgado acompañado de otro auxiliar jurisdiccional para que cumpla con lo dispuesto en la norma. En ese acto deberán entregarse los oficios dirigidos al representante legal de la entidad financiera adjuntando copia certificada de la resolución con el mandato judicial y hacer explícitas las consecuencias de la resistencia a cumplir con ella, todo ello constará en el Acta de Embargo.

Deberá encargarse de los trámites para la retención del pago y su depósito en el Banco de la Nación, siendo que todos estos actos deberán ser registrados en el acta que será firmada por todos los intervinientes y, de ser necesario, podrá entregarse una constancia de notificación a solicitud de la entidad financiera, pudiendo ser que esta se dé por notificada con la sola expedición de los oficios anteriormente mencionados.

El auxiliar jurisdiccional también deberá asegurarse de que el monto a retener sea suficiente para asegurar el pago del total de la

pretensión principal, de no ser así deberá comunicarse al solicitante de la medida cautelar para que proporcione mayor información acerca de otras formas de asegurar su pretensión. Mientras ello ocurre puede retenerse la notificación al afectado sin afectar sus derechos dentro del proceso.

Este último aspecto es clave en el desarrollo del presente trabajo. Pues el no emplazamiento con la resolución que concede la medida cautelar implica un grave riesgo en el bienestar y el patrimonio del afectado. Consideremos, por ejemplo, que cierta transacción tendrá lugar durante aquellos días pero la cantidad de dinero destinada a dicho fin ha sido objeto de una medida cautelar de embargo en forma de retención, lo que en apariencia sería sumamente daños al afectado. Sin embargo, debemos considerar que el mero impedimento de disposición del patrimonio no es, en rigor, un acto totalmente dañoso, pues debe ser evaluado a la luz del derecho del acreedor de una obligación impaga y la fiabilidad del sistema jurídico que dota de seguridad jurídica y protección a dichas transacciones. Es decir, al igual que el deudor tienen un derecho sobre su patrimonio para la disposición libre e ilimitada, también confluyen: el interés del deudor para satisfacer la obligación y la fiabilidad del sistema con mecanismos jurídicos eficientes, rápidos y confiables que hagan seguras⁰ las transacciones económicas. Esta situación también ha sido considerada en el diseño de nuestro sistema procesal a través de la constitución de una contracautela, ya

que permitiría al afectado así agraviado, el resarcimiento oportuno del daño ocasionado. Es convertida en un mecanismo que asegura la eficacia de la medida cautelar en el presente y en el futuro¹⁹ y protege al deudor ante cualquier daño injusto. Por ello, la forma y la naturaleza de la medida cautelar son definidas ex ante a partir de las circunstancias que rodean la solicitud de medida cautelar.

En nuestra investigación, al verse incrementado el riesgo de un posible daño provocado por la concesión de la medida cautelar es posible recurrir a la contracautela. Esta suerte de contrapeso entre los intereses de ambas partes determina la naturaleza y forma de la contracautela. Ahora retornemos al ejemplo anterior. Si el deudor está próximo a realizar la transacción y no es posible disponer del monto, aún cuando no tiene conocimiento de la ejecución de una medida cautelar sobre él. La contracautela deberá ser diseñada para satisfacer el riesgo de la medida cautelar en condiciones normales (emplazamiento inmediato tras haberse ejecutado la medida cautelar) y los efectos del no emplazamiento hasta que sea ejecutada realmente la medida cautelar, disposición al juzgado del monto retenido. Dicho monto configurará principalmente el costo de oportunidad del dinero

¹⁹ No olvidemos que la medida cautelar está dirigida a asegurar la eficacia de la resolución final. No únicamente protege los derechos de los acreedores o los solicitantes sino de los sujetos procesales. Esta visión completa e integral de la medida cautelar al asegurar los intereses de todos los sujetos procesales: el juez pretende hacer cumplir el ordenamiento jurídico, el acreedor ver satisfecha su acreencia y el deudor obtener tutela jurisdiccional según las reglas del debido proceso. Esta visión tiene correspondencia en la teoría del proceso como relación jurídica triangular (Monroy Palacios, 2002).

retenido durante el tiempo de la no notificación. Aún cuando este trabajo no comprende esta situación, es posible determinar a priori la exigencia de una determinada naturaleza (real) de la contracautela ante este nuevo riesgo para mejor protección de los derechos del deudor.

La retención de un derecho de crédito constituye un acto que debe cumplir con los fines del derecho los principios del Derecho Procesal, los principales el Principio de Bilateralidad y el de Contradicción. En este caso, una vez ejecutada la medida cautelar para asegurar la pretensión principal, debe ser comunicada inmediatamente al afectado. En caso de no emplazamiento mientras es ejecutada totalmente la medida cautelar debe erigirse una contracautela idónea²⁰. En conclusión, cabe la no notificación hasta que se alcance el monto total de la solicitud cuando se han erigido garantía suficiente ante el nuevo riesgo. Si cualquiera de los dos aspectos falla: la ausencia de contracautela suficiente y no ejecutar el monto total por cautelar, son agraviados cualquiera de los intervinientes en beneficio de la otra parte.

Es muy importante que el Secretario se asegure que la ejecución de la medida sea realizada en un solo acto. En este sentido, le mero envío del oficio o la suscripción del acta de embargo no puede agotar

²⁰ Como hemos visto una contracautela idónea protege por su forma y naturaleza los intereses del deudor ante el no emplazamiento con la resolución que concede la medida cautelar de embargo en forma de retención.

la ejecución de la medida cautelar pues deviene en inútil y lírica. Únicamente podemos considerar que ha sido ejecutada una medida cautelar de embargo en forma de retención cuando los derechos (por ejemplo, monto de dinero) han sido puestos a disposición del juzgado. No es posible asemejar el acta de embargo a la ejecución de la medida cautelar.

Si se trata de otro tipo de bienes diferentes a los derechos de crédito que se encuentren en posesión de terceros. La constitución de éste en depositario deberá contar con una serie de procedimientos a ser realizados por el juez, el secretario judicial y demás auxiliares jurisdiccionales. En este caso es menos complicado lograr que el retenedor-depositario obedezca la orden judicial puesto que nos saltamos procedimientos dilatorios, algunos burocráticos como en las entidades financieras, ya que en este caso se tratará con bienes materiales en posesión de terceros.

Por lo tanto, lo único que se necesita es lograr que el retenedor-depositario asuma la responsabilidad de manera formal, de manera que quede obligado en virtud del poder coercitivo del estado de cumplir con la orden o mandato judicial o de lo contrario se vea sujeto a las consecuencia jurídicas que acarree su desobediencia.

El secretario debe realizar la ejecución de la medida cautelar en un solo acto, llevando a cabo todas las diligencias necesarias hasta la

ejecución plena de la resolución judicial. En primer lugar deberá constatar que efectivamente el bien en posesión del tercero le corresponde al afectado con la medida cautelar, puesto que este primer paso es sumamente importante para lograr que la ejecución sea eficaz.

Una vez hecha la constatación, el Secretario deberá apersonarse al lugar donde se ejerce la mencionada posesión y en ese acto notificar al poseedor con el mandato judicial, indicándole su carácter de obligatorio o vinculante y obteniendo el compromiso de su cumplimiento.

Todo este procedimiento deberá ser registrado en Acta, la misma que deberá ser firmada en señal de compromiso. La negativa del poseedor a firmar el acta o recepcionar la respectiva notificación no puede conducir a la inejecución de la medida cautelar (Aún cuando, algunos operadores judiciales indican esto, como veremos más adelante). Por lo que es importante que informar que dicha resistencia es equiparable a la resistencia a la Autoridad y trae consigo consecuencias jurídicas graves.

El secretario deberá informar al retenedor-depositario que su compromiso implica las obligaciones de conservar los bienes en el mismo estado en que los recibieron o reciben, según el caso, en el lugar destinado para ello a la orden del juzgado y con acceso

permanente para la observación de las partes y dar cuenta inmediata al juez de todo hecho que pueda significar alteración de los bienes en retención, entre otras responsabilidades legalmente establecidas.

Esta forma de ejecución de la medida cautelar pretende alcanzar su efectividad y cumplir con la finalidad y principios de las medidas cautelares y el Proceso en general. Esta tarea es responsabilidad de los funcionarios jurisdiccionales, desde el juez hasta los auxiliares, por lo tanto, las tareas específicas que cada uno de ellos deban cumplir para esto necesitan de responsabilidad y criterio. Nos referimos al “criterio” puesto que los dos artículos del CPC que regulan esta medida son bastante imprecisos y laxos y, como ya lo señalamos, se corre el peligro de que las medidas que se tomen para su cumplimiento sean arbitrarias e ineficaces si no se encuentran soluciones que resulten idóneas a la luz de los fines y principios de la institución cautelar.

3.2. ARTÍCULOS 657° Y 658° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Nuestro Código Procesal Civil trata el tema en su título cuarto, segundo capítulo, artículos 657 y 658; el primer artículo nos ofrece una definición bastante difusa de la figura y añade de la misma forma alcances acerca de su tramitación. El segundo artículo en mención establece el procedimiento a llevarse a cabo para su ejecución, a continuación analizaremos detenidamente estos dos artículos.

Si revisamos el primer párrafo del artículo 657 que establece que *“Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del juez”*, notaremos que existe una mala redacción puesto que se le otorga injusto protagonismo al embargo en forma de retención de los derechos de crédito, veamos:

El artículo comienza haciendo una disquisición entre dos posibilidades de embargo en forma de retención, cuando recae sobre derechos de crédito y cuando recae sobre otro tipo de bienes que se encuentran en posesión de terceros. En el primer caso, actúan -principalmente- las entidades financieras y personas naturales o jurídicas y en el segundo caso una persona natural o jurídica, incluidas las entidades financieras, que tengan en su posesión un bien diferente del dinero. Sobre esto, es necesario aclarar que la distinción es muy importante debido a que la manera de proceder de los funcionarios jurisdiccionales deberá variar según el caso.

Si se trata de la retención de derechos de crédito, ante lo cuál hace falta realizar una serie de trámites burocráticos ante el retenedor (por ejemplo, entidad financiera) para conseguir que se ejecute la medida, el funcionario jurisdiccional deberá tomar las precauciones necesarias para ello, como

asegurarse de informar a su gerente o administrador que es su obligación facilitar la rápida tramitación de lo ordenado en la resolución que dispone la ejecución de la medida cautelar, propiciar que en ese mismo acto se retenga el dinero a nombre del juzgado y custodiar su depósito en el Banco de la Nación.

En cambio, si se trata de otro tipo de bienes materiales, sea que estos estén en poder de una persona natural o de una persona jurídica, incluso una entidad financiera, solo deberá asegurarse de obtener el compromiso escrito de custodia en depósito del bien.

Hechas las distinciones, nos permitimos criticar de manera negativa la redacción del artículo puesto que lejos de establecer las diferencias entre cada tipo de retención, continúan con la referencia al trámite de la retención en caso de los derechos de crédito como si se refirieran a ambos casos. En el mismo párrafo donde se hace la distinción entre ambos casos de retención, omiten utilizar el punto y seguido y, usando solamente una coma, redactan que “...puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación”, en clara alusión a la retención de derechos de crédito, lo cual es totalmente errado porque establece un solo procedimiento para los dos tipos diferentes de retención.

El legislador continúa y, después del punto y seguido, refiere: “*Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del juez*”; por lo tanto,

nuevamente haciendo uso de una mala técnica de redacción hace referencia al caso de los bienes materiales en posesión de terceros, donde establece que el retenedor puede convertirse en depositario de dichos bienes o ponerlos a disposición del juzgado.

Como vemos, a pesar de la mala redacción, el artículo ofrece a los operadores jurisdiccionales tres alternativas para proceder en caso de embargo en forma de retención: Si se trata de la retención de derechos crediticios, deben realizar los trámites previos al depósito del dinero en el Banco de la Nación. Si se trata de bienes materiales en posesión de terceros, deberá tramitar la mutación del poseedor a depositario de los mismos y, en caso de negativa, deberá tomar las medidas pertinentes para que el bien sea puesto a disposición del juzgado.

Entonces, si la redacción es mala y muy difusa, permite que la interpretación al respecto sea muy variada y a veces arbitraria, más aún cuando existe un criterio netamente literal de interpretación de la ley en dicho procedimiento. Por lo tanto, en el caso del primer párrafo resultaría sumamente adecuada una reformulación que dote de mayor orden y detalle a la descripción de la medida cautelar de Embargo en forma de Retención.

El segundo párrafo de este artículo, ofrece al operador jurisdiccional una opción bastante novedosa para tramitar la ejecución del embargo en forma de retención en el caso de los derechos de crédito, pues permite notificar a la entidad financiera con el mandato de retención a través de correo

electrónico. Esta posibilidad facilitaría mucho la tramitación de la medida pues aseguraría la inmediatez en su tramitación. Sin embargo, la redacción nuevamente resulta demasiado difusa pues no regula ningún tipo de apercibimiento en caso de incumplimiento y, mucho peor, no establece cuál será el mecanismo que nos de constancia de que el mensaje fue recibido por la entidad financiera ni el medio que evitará que se filtre la información. Cabe la posibilidad de que los funcionarios de la entidad financiera aseguren que nunca recibieron la notificación. Por lo tanto es sustancial que se establezca el momento en que se tomará como correctamente notificado, podría ser al momento de enviar el correo, al momento de recibir una constancia del sistema de red o cuando se reciba una respuesta de la entidad que decepciona. El mandato enviado tendrá un apercibimiento, dejará la responsabilidad de la ejecución a los funcionarios de la entidad financiera o será un aviso sobre la actuación de los operadores jurisdiccionales.

¿Cómo se evitará que los funcionarios jurisdiccionales pongan sobre aviso de la intención del solicitante y del juzgado al afectado con la medida cautelar?, ¿hay alguna clase de apercibimiento para la entidad financiera si esta filtración de información se produjera?

Son muchas interrogantes que se pueden formular al respecto porque este tipo de redacción deja muchos espacios vacíos que podrían ser llenados según el arbitrio sea del juez, del operador jurisdiccional o de los funcionarios de las entidades financieras. El resultado de ello podría ser la ejecución eficiente de la medida cautelar de embargo en forma de retención

o totalmente lo contrario, una tramitación por demás inútil y una orden judicial que resulte ineficaz por la imposibilidad material de ejecutarla.

El tercer párrafo ensaya una fórmula para lograr que se haga efectiva la notificación con el mandato judicial a las entidades financieras, pues establece la obligación de éstas de comunicar a la Superintendencia de Banca y Seguros de su dirección electrónica a donde se remitirá la orden judicial de retención. Resulta evidente que para lograr este propósito no basta con que exista un registro de los correos electrónicos de las distintas entidades financieras en la Superintendencia de Banca y Seguros, sino que además es imperativo que este se encuentre a disposición de los juzgados ya sea porque dicha entidad remita de manera periódica la información a todos los juzgados que se encargan de tramitar la medida cautelar de embargo en forma de retención o que ambas entidades se encuentren conectadas permanentemente, tarea que resulta utópica debido a la precaria situación logística con la que cuentan las instituciones públicas en nuestro país y a la falta de cultura organizacional interinstitucional.

Bajo el supuesto de que estos inconvenientes bastante serios sean sorteados, nos encontramos con el problema de la inseguridad de este medio de comunicación, el Internet, habría que crear redes privadas interinstitucionales que logren conectar a las mencionadas instituciones públicas entre si y, a la vez, con las entidades financieras y otras entidades privadas.

Si pretende utilizarse redes libres del Internet, sería muy fácil para un experto técnico acceder información oficial que en este caso resultaría sumamente perjudicial debido al carácter secreto de las medidas cautelares, por lo tanto la ejecución de la retención resultaría ineficaz.

Nuestra posición al respecto no pretende ser negativa, es sólo que creemos que la tecnología debe estar al servicio de la eficiencia y la eficacia de la justicia, pero en los casos en los que es posible dicho servicio, debido a las características de las medidas cautelares, resultaría demasiado irresponsable una regulación que permita utilizar medios poco adecuados para la consecución de sus fines.

Somos conscientes de que la administración de justicia es lenta e ineficiente en nuestro país pero de nada serviría cambiarla por una opción rápida que resulte igual de ineficiente, llegará el tiempo en que podamos acceder a los mecanismos que simplifican los trámites jurisdiccionales que por ahora nos resultan demasiado costosos e imposibles de implementar, pero mientras ellos ocurra será mejor tratar de agilizar lo mecanismos con los que ya contamos en vez de utilizar otros que resultan más rápidos, pero también más inseguros.

Con respecto al artículo 658° del CPC, su redacción es la siguiente: *“El secretario interviniente sentará el acta de embargo en presencia del retenedor, a quien le dejará la cédula de notificación correspondiente,*

haciendo constar el dicho de éste sobre la posesión de los bienes y otros datos relevantes. Si se niega a firmar, dejará constancia de su negativa”.

Nuevamente notamos la disociación entre lo dispuesto en este artículo y la finalidad y características de las medidas cautelares, pues se presta mayor atención a la redacción del Acta, que es un acto meramente formal, que a la conducta que debe adoptar el operador jurisdiccional para asegurar la ejecución eficaz de la medida cautelar de embargo en forma de retención. Con esto no estamos sugiriendo que la redacción del artículo abunde en detalles que limiten la interpretación judicial y restrinjan los múltiples y posibles procedimientos a uno solo rígido e inflexible, sino que tratamos de recalcar que este artículo debe cumplir con la sistemática establecida y debe contar con una estructura que se adecue a ella.

En ese tenor, aunque es importante el Acta para cumplir con las formalidades no es sustancial para el cumplimiento de las finalidades, por lo tanto es correcto que se la mencione en la redacción del artículo pero de ninguna manera que se le otorgue el protagonismo que actualmente tiene. Sería importante que este artículo cuente con dos párrafos, el primero debería establecer principios prioritarios para lograr la efectividad de la retención de los derechos de crédito, y el segundo, los principios para alcanzar la efectividad de la retención de los bienes materiales en posesión de terceros.

En el primer caso, lo más importante es lograr que el pago de los derechos de crédito sea retenido a favor del juzgado y el dinero sea depositado en el Banco de la Nación, por lo tanto la prioridad no es levantar un acta de la diligencia sino que en ese acto el secretario informe personalmente al gerente o administrador de la entidad financiera de la orden judicial, que busque sortear los trámites burocráticos hasta que obtenga la constancia de retención y posteriormente custodie el depósito del dinero en el Banco de la Nación, evidentemente que se levantará un Acta de todos estos procedimientos.

Para efectuar dicho informe, bastaría con alcanzar de forma personal al gerente o administrador de la entidad financiera el oficio con las copias certificadas de la resolución que contiene el mandato jurisdiccional y resaltarle el carácter vinculante de la orden y el apercibimiento correspondiente en caso de incumplimiento. De igual modo, para sortear los trámites burocráticos se debería gestionar la asignación de un funcionario *ad hoc* que se encargue de tramitar el estado de retención de los derechos de crédito en el sistema interno de la entidad financiera, el mismo que se maneje con absoluta reserva y ostente la pericia necesaria para asegurar un buen proceder en el menor tiempo.

El solo cursar los oficios podría ser entendido como un acto de notificación a la entidad financiera de la orden de ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención. Sin embargo, si el representante de la entidad financiera lo solicitase, sería este momento propicio para realizar

una notificación formal del acto, puesto que ya se tendría la seguridad de la retención de los derechos de crédito. Acto seguido, el secretario judicial debería custodiar al funcionario *ad hoc* mientras realiza la transferencia del dinero al Banco de la Nación, consignándolo a la orden del Poder Judicial (Juzgado), de esta manera estaría completamente seguro de que la diligencia fue exitosa y por lo tanto de que la ejecución de la retención se ha hecho efectiva.

Por supuesto que todos estos comportamientos del operador jurisdiccional, el representante del banco y el funcionario *ad hoc*, deberán ser registrados en el Acta de la Diligencia de Ejecución de la Medida Cautelar de Embargo en Forma de Retención, sin embargo ésta es sólo un medio para dejar constancia de los procedimientos realizados pero no es el punto sustancial del asunto.

La entidad financiera por su calidad de persona jurídica que está obligada a colaborar con la justicia no tiene otra opción que aceptar este procedimiento, puesto que su resistencia sería un acto de desobediencia a la autoridad pasible de sanción.

En el caso de la persona jurídica o persona natural que tenga que fungir de depositario de un bien material retenido, cambia un poco la situación, debido a que se le esta solicitando una responsabilidad adicional a sólo retener el bien material, la misma que se traduce en el cuidado y

mantenimiento del mismo, es por ese motivo que puede negarse a tomar esta responsabilidad.

Es por eso que la diligencia de ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención en este caso es ligeramente distinta, pues tiene dos posibilidades:

La primera es que el secretario realice personalmente la notificación con las copias certificadas del mandato judicial de ejecución del embargo en forma de retención, ante lo cuál no podrá ejercer su poder de coacción para obligarlo a constituirse en depositario del bien material, sino sólo a someterse al procedimiento a seguir en la diligencia.

Si el poseedor aceptare fungir de depositario, no hay más procedimiento que cerrar el acta registrar las respectivas firmas donde conste el compromiso asumido por el nuevo depositario, el mismo que incluirá la responsabilidad de cuidado y mantenimiento del bien retenido.

Si el poseedor se negase a ser el depositario del bien, el secretario deberá realizar en la misma diligencia, los trámites pertinentes para efectuar el traspaso de la posesión al juzgado donde se solicitó la medida cautelar, para que sea éste quien se encargue del bien en cuestión.

Una vez puesto el bien a disposición del juzgado, el secretario deberá proceder a cerrar el acta donde se han registrado todos los procedimientos

realizados y solicitar la firma del antiguo poseedor del bien, siendo en este caso irrelevante si se niega a firmarla, dada esta circunstancia procederá a dejar constancia de su negativa.

Como vemos, en ambos casos se levanta un acta de la conducta de los operadores jurisdiccionales y el poseedor de los bienes materiales, pero de ninguna manera este es un acto sustancial para asegurar el cumplimiento de la finalidad de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

Es imperativo que en todos los casos mencionados, la diligencia se efectúe en un solo acto que abarque las etapas de información y retención efectiva, puesto que se minimiza el peligro de escape de información hacia el afectado con la medida cautelar antes de que ésta se haga efectiva.

Se cometería un error si es que las notificaciones a los poseedores de los derechos de crédito o bienes materiales se le notificase antes de realizar la diligencia de ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención, puesto que así se dejaría un gran margen de tiempo que fomentaría la inseguridad del cumplimiento de dicha medida.

También sería un error permitir que esta diligencia se realice en diferentes actos continuados porque también dejaría abierta la posibilidad de disposición de sus bienes por parte del afectado con la medida.

Por lo tanto no existe otra manera de proceder para lograr la ejecución efectiva de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

Una vez ejecutada la medida con la puesta a disposición al juzgado de los derechos según corresponda, el secretario judicial deberá realizar la notificación correspondiente al afectado con la medida cautelar, en cumplimiento con el carácter bilateral del proceso y para que este -por ejemplo- exija una contracautela suficiente y ejecutable en caso de que la pretensión principal no sea amparada.

Notemos que de ninguna manera la aceptación o procedencia de una medida cautelar implica un juzgamiento anticipado, no es posible saber, de ninguna manera el resultado del proceso principal. Por lo tanto, los dos sujetos que intervienen en este conservan sus derechos reconocidos y son susceptibles de protección jurídica. Por lo tanto, si no se notifica al demandado y/o afectado con la medida cautelar de la ejecución de la misma y no es cautelado a través de una contracautela idónea, se estaría vulnerando su derecho al debido proceso.

En caso, no sea alcanzado el monto total de la solicitud deberá emprenderse todas las acciones necesarias a la luz de la razonabilidad y los deberes del juzgador sin parcializarse con alguna de las partes. Los operadores jurisdiccionales deben considerar un abanico de acciones para cumplir la resolución judicial en forma plena y total. Además, diseñar la contracautela idónea en forma y naturaleza que mejor proteja ante el nuevo riesgo.

No debemos olvidar que la medida cautelar, como hemos dicho, no solo tiene por objeto cautelar los intereses del acreedor sino que a la vez es un instrumento para equilibrar los intereses de las partes y del juzgador, hacer cumplir la ley. La medida cautelar protege al demandante para la ejecución de una resolución en una relación procesal pero -sobretudo -protege la decisión jurisdiccional.

En conclusión, no basta con los actos realizados por los operadores jurisdiccionales para ejecutar una medida cautelar. Debe ejecutarse plenamente tanto en el monto como ponerlo a disposición del juzgado correspondiente. El monto retenido debe alcanzar la suma ordenada en la resolución judicial. La equivalencia al monto de la pretensión principal es responsabilidad del solicitante de la medida cautelar. Además, deberá proporcionar la información necesaria para la ejecución con anterioridad a su ejecución. Sin embargo, ello no elimina la diligencia debida que debe tener el auxiliar judicial para evitar toda acción que pueda perseguir la inejecución de la medida cautelar.

3.3. PROCEDIMIENTO Y EJECUCIÓN EN LA PRÁCTICA

Para conocer los procedimientos utilizados por los operadores jurisdiccionales en la realidad hemos aplicado una cédula de cuestionario que contenía una encuesta dirigida a los señores jueces y secretarios que se encargan de este tipo de medidas tanto en Juzgados de Paz Letrados como

en Juzgados Especializados en lo Civil de la sede del Distrito Judicial de Cajamarca.

El primer resultado conocido gracias a esta encuesta nos indica que generalmente la medida cautelar de embargo en forma de retención recae sobre los derechos de crédito, esto se explica en el hecho de que los solicitantes confían en un procedimiento interinstitucional antes que uno que involucre a personas jurídicas o naturales sin identificación definida. Además, siempre resulta más cómodo y adecuado ejecutarla cuando la medida cautelar está impuesta sobre un bien dinerario.

Es así que los jueces, los secretarios judiciales y los auxiliares jurisdiccionales deben regular sus conductas para conseguir el cumplimiento de la finalidad de la medida cautelar sin afectar a sus características propias.

Cuando buscamos conocer la frecuencia con que se presentan solicitudes de medidas cautelares de embargo en forma de retención, encontramos que las que recaen sobre derechos de crédito, son un promedio de 406 solicitudes anuales, frente a las 184 que recaen sobre bienes materiales en posesión de terceros.

Con este resultado reafirmamos la aseveración de que las medidas cautelares de embargo en forma de retención recaen con mayor frecuencia sobre derechos de crédito que sobre otros bienes en posesión de terceros;

sin embargo, ambas cifras son lo suficientemente importantes como para exigir de los operadores jurisdiccionales conductas adecuadas a cada caso que logren que dichas medidas sean efectivamente ejecutadas.

El principal problema que hemos encontrado del estudio de la realidad en el Distrito Judicial de Cajamarca, es la multiplicidad de procedimientos que se adoptan a nivel de juzgados para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.

Los dieciséis operadores jurisdiccionales encuestados han aportado dieciséis formas diferentes de tratar la medida cautelar de embargo en forma de retención lo cuál representa un inconveniente bastante importante para asegurar su ejecución efectiva.

Las dieciséis respuestas, a pesar de sus diferencias, pueden formar cinco grupos que comparten una semejanza sustancial.

El primer grupo son las que señalan que la primera acción a tomar es realizar una diligencia de ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención, donde debe levantarse un acta y notificarse al retenedor. Sin embargo, ninguna establece los pasos a seguir en esta diligencia, solo señalan la forma en que aseguran su cumplimiento, en qué momento es que se ejecuta la medida cautelar y como es que se constituye a una persona en retenedor. Este es un problema grave porque se quebranta la seguridad jurídica que debe otorgar una medida cautelar, si no se cuenta con

un protocolo de actuación, corremos el riesgo de que se filtre información o simplemente desaparezca la posibilidad de efectivizar el embargo.

El segundo grupo, señala que lo primero que se debe hacer en los casos de medidas cautelares de embargo en forma de retención es cursar un oficio a las entidades bancarias o al poseedor del bien que anexe la resolución con el mandato judicial de ejecutar el embargo, esto como acto previo a la diligencia de ejecución de la medida cautelar. Problema éste aún más grave que el anterior, puesto que sólo se cumple con la etapa de información al posible retenedor y en un acto distinto se realiza la diligencia de ejecución, esta es una manera de poner sobre aviso del proceder del operador jurisdiccional al afectado con la medida cautelar porque es mucho más fácil para el poseedor del bien en cuestión proporcionarle la información.

A todas luces, esta manera de proceder está afectando al carácter de secreto de las medidas cautelares y consecuentemente afecta la eficacia de la regulación al respecto, tengamos presente que en este tipo de procedimiento, la publicidad está supeditada a la ejecución de la medida, no antes, pues el propósito es evitar las actuaciones que entorpezcan o imposibiliten el procedimiento.

Puede constituir un acto vejatorio de derechos cuando una cuenta de ahorro o crédito es embargada. Es el caso de medidas cautelares de embargo en forma de retención que recaen sobre derechos de crédito y la mantienen activa hasta que se acumule el monto objeto de embargo. Sin embargo,

como hemos venido indicando este nuevo riesgo puede ser tratado a la luz de la contracautela. Mantener activa una cuenta hasta que se complete el monto por ejecutar implica dos graves riesgos: el tiempo y el desconocimiento del titular. Ambos son importantes en la vida económica de los titulares por lo que la medida debe atenderlos en forma plena.

En cuanto al tiempo, mantener activa una cuenta bancaria implica perjuicio probable sobre el patrimonio por su falta de disposición. Pero como hemos establecido antes, no es la mera ausencia de disposición –por sí sola- una vulneración *per se* prohibida. Esta situación circunda el tratamiento de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, debemos recurrir al mecanismo diseñado para remediar un probable perjuicio que es *normal* en la ejecución de una medida cautelar. En este caso, la contracautela debe ser agravada para cautelar el probable daño ocasionado al deudor. El acreedor ofrecerá una nueva en forma y naturaleza -real-. Resalto que el tiempo por el cual se mantenga activa la cuenta depende de la contracautela, el criterio de proporcionalidad del juez y la costumbre en las transacciones económicas. No es posible determinar reglas *a priori* para los jueces. Aunque, podemos indicar que el tiempo debe ser indicado claramente en una decisión judicial. Pues son ellos quienes deben crear los mecanismos idóneos para determinar en cada caso el tiempo y la contracautela idónea para defender los derechos de ambas partes.

En cuanto al desconocimiento del titular, debe indicarse que no busca aprovecharse del patrimonio del deudor sino evitar una conducta estratégica

que tenga por objetivo evitar el pago. Por ello, características como la anterior conducta del deudor, la posibilidad de evasión de su responsabilidad y demás circunstancias sirven para determinar el tiempo para mantener abierta una cuenta bancaria.

Dijimos que el hecho de declarar procedente una medida cautelar no significa de ninguna manera que el solicitante tenga la razón. Sino que ha demostrado que existe una situación jurídica de conflicto o incertidumbre jurídica que necesita ser resuelta en un proceso principal que afecta un presunto derecho suyo.

Así reiteramos que la finalidad de toda medida cautelar es asegurar el cumplimiento de la decisión final del juez, sin importar que ésta sea favorable o contraria del demandante.

Otra de las respuestas nos dice que la primera medida a tomar es la notificación al poseedor para que cumpla con retener el bien, pero hace parecer que la retención es un acto que depende únicamente del retenedor y que no requiere de mayor formalidad que una notificación, posición errada, puesto que necesariamente debe existir una constancia acerca de la asunción del estatus de retenedor por parte del poseedor.

Por último, existe una respuesta que señala la necesidad de solicitar informes a las entidades financieras acerca de las cuentas que mantiene el afectado con estas, esto en el caso de la medida cautelar de embargo en

forma de retención que recae sobre derechos de crédito en instituciones financieras.

Esta posibilidad es bastante sana pues da la certeza al solicitante de que el monto a embargar es equivalente o no al monto de su petición principal. Sin embargo, encuentra un obstáculo en la posibilidad de que una vez enterado de este asunto, el probable afectado con la medida cautelar, disponga de su dinero antes de tramitada su ejecución.

Por lo tanto, creemos que quien debe conseguir dicha información de manera previa es el propio solicitante cuidando de no revelar su propósito, situación que sólo podrá lograrse mediante indagaciones e indicios puesto que el secreto bancario sólo es levantado por resolución firme.

A la pregunta de cómo se comunica el mandato judicial de ejecución de la retención al poseedor de los derechos de crédito, la mayoría de respuestas se orientan hacia el envío de oficios que adjuntan la resolución con dicho mandato, por lo tanto podemos ver que la mayoría de casos corren el riesgo de no llegar a ejecutarse.

Este tipo de problemas serían perfectamente solucionados con una correcta regulación respecto al tema, que indique paso a paso el trámite pertinente que conlleve a un eficaz desenvolvimiento.

El caso de las medidas cautelares de embargo en forma de retención que recaen sobre bienes en posesión de terceros es todavía más grave porque la totalidad de las respuestas se orientan por el envío de oficios que adjunten la resolución que contiene el mandato.

Esta es una muy mala práctica que demuestra la falta de conocimiento del personal jurisdiccional acerca de la finalidad de las medidas cautelares o en todo caso que, a pesar de conocer dicha finalidad, la disocian de la práctica en esta medida cautelar específica.

Ante la pregunta de si el levantamiento del acta de diligencia de ejecución del embargo en forma de retención se hace en presencia del retenedor, todas las respuestas son afirmativas, lo que nos tranquiliza porque por lo menos una de las prácticas respecto a este tipo de medidas cautelares es bien llevada.

Asimismo cuando preguntamos acerca de si el Acta de diligencia de ejecución de la retención y la notificación con el mandato se dan en un solo acto, el 75 % son respuestas afirmativas, lo que significa que la mayoría de secretarios se aseguran de realizar los actos pertinentes para la ejecución de la retención en un solo acto, pero esto de ninguna manera asegura la eficacia de la ejecución, puesto que si los pasos anteriores han sido mal llevados, aun cuando se cumpla con todo lo necesario en la diligencia, el final va a ser el intento de ejecución de una medida sobre bienes que ya fueron objeto de disposición por parte de su propietario.

Es por esto que anteriormente hablamos de un sistema que debe estar completamente engranado y que necesita que sus trámites previos sean correctamente llevados a cabo para que logre cumplir con su finalidad, si no es así, deviene en ineficaz.

En nuestros resultados también nos encontramos con algunas descripciones de situaciones que imposibilitan la ejecución de la medida, como la actitud de algunos poseedores que se muestran reacios a colaborar con ese propósito, siendo que se niegan a ser depositarios, en el caso de la retención que recae sobre bienes en posesión de terceros, o el caso de las entidades financieras que dificultan la tramitación.

Algunas posible causas son: la falta de asesor legal en el local donde se pretende ejecutar la medida habiendo que esperar hasta que este llegue para comenzar con la diligencia, o cuando no cuentan con expertos en manejar el sistema a tiempo completo y es necesario esperar hasta que éstos lleguen, entre otras circunstancias.

Estos obstáculos pueden propiciar la inejecución de la medida por lo tanto el operador jurisdiccional debe hacer uso de su potestad coercitiva para lograr que el trámite no sea inútilmente dilatado.

3.4. ROL DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

La interpretación judicial juega un rol muy importante para conseguir que la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención sea exitosa en toda la extensión de la palabra, de manera que pueda ser efectivizada cuando sea necesario. Esto porque se trata del momento inicial del procedimiento, cuando se tiene que adecuar el supuesto jurídico a la circunstancia particular que se presenta ante el juez.

Si esta tarea es correctamente realizada no encontrará mayores dificultades en su desarrollo, es así que el juez tiene la obligación de fijarse en las particularidades del caso concreto y disponer el procedimiento que considere más adecuado.

Sobre la situación actual del particular podemos decir que la norma que indica la tramitación de la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención existe y es perfectamente identificable. Sin embargo, su sentido exacto no se desprende de una simple lectura, es por eso que se plantea entonces la posibilidad de una interpretación judicial que ordene la manera de proceder que han de tener los operadores jurisdiccionales.

El problema en este punto, entonces, no es determinar el sentido exacto de la norma, sino buscar que ese sentido aporte de manera efectiva a la consecución de la finalidad de la medida. Es por eso que asumimos que el juez es el operador jurídico máximo cuyas decisiones otorgan “vida” a la ley. Sin perjuicio de considerar otras actividades, consideramos que un

análisis de la actuación judicial permite descubrir la eficacia de una institución procesal.

La actuación -común- del deudor, en líneas generales, será retrasar y escabullirse del cumplimiento de su prestación en la obligación, la situación extrema sería iniciar un proceso judicial para el cumplimiento de una obligación, que a pesar de ser ganado no pueda ser ejecutado por no haber instituido una medida cautelar eficaz.

Podemos afirmar que la institución cautelar es una institución jurídica que establece los parámetros que permitirán justificar la aplicación de medidas procesales con el objetivo de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva contenida en la sentencia del proceso principal y, como resultado de esto, de proteger a sus protagonistas. La manera más adecuada de protegerlos es logrando que todos los actos se conjuguen para lograr su ejecución, esto en razón de disponer las medidas que mejor se ajusten al caso concreto.

El proceso cautelar es autónomo y surte sus efectos a partir de la ejecución de la medida, estableciéndose como una “tutela mediata” para sus protagonistas, que son los mismos del proceso principal, la misma que variará según la orientación de la decisión final. Si es estimatoria, la Medida Cautelar habrá servido para tutelar el derecho del demandante que se mantuvo intacto y protegido a lo largo del tiempo que duró el proceso principal. Si es desestimatoria, la Medida Cautelar actuará en beneficio del

afectado puesto que le otorga el derecho de solicitar el resarcimiento por los daños y perjuicios causados por su ejecución.

Por eso es que la labor del juez resulta vital ya que asegurará la protección de los derechos de ambas partes ya sea que utilice la medida cautelar para asegurar el pago del monto total de la pretensión principal cuando la sentencia es estimatoria o para calcular el monto de la contracautela si fuera desestimatoria.

Dado el caso de que es estimatoria y la medida cautelar devino en ineficaz, por más que la demanda haya sido considerada fundada, no servirá de nada porque no habrá forma de hacer cumplir la sentencia.

Todo proceso cautelar debe significar para el juez una doble consideración que corresponde tanto al solicitante como al afectado donde la expedición de admisión o rechazo de la medida cautelar “requiere una cognición sumaria y los fundamentos de hecho y derecho y los medios probatorios contenidos en la demanda...además de otros elementos esenciales como la apariencia del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*); ejercicio de razonamiento jurídico de naturaleza cognitiva destinada a facilitar la expedición de la resolución cautelar positiva o negativa.” (GALLARDO MIRAVAL, J., 2000, p.22).

Una vez conocidos los fundamentos de hecho y de derecho y los medios probatorios de la demanda le resultará más fácil al juez establecer el procedimiento que resulte más adecuado a fin de conseguir la correcta

ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención. Si es así, de ocurrir que el deudor en la relación principal cuenta con diversas cuentas bancarias donde acumula distintas sumas de dinero, sería más adecuado disponer que se lleve a cabo el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención sobre derechos de crédito, pero siempre supervisando la actuación de los auxiliares jurisdiccionales quienes deberán tomar las precauciones necesarias para que dicha ejecución no sea frustrada por la disposición de los bienes por parte del deudor.

En tal sentido, debe considerarse que la imparcialidad del juez no se agota en la mera expedición de la resolución que dispone la ejecución sino que comprende la realización de actos idóneos para ejecutarla de manera eficaz, ya que la negligencia y demás errores cometidos afectan en igual medida a la institución cautelar como al proceso principal, tal es el caso, cuando se emite una resolución irregular, que no especifica o detalla los procedimientos que deben ser ejecutados por los secretarios y los diligencieros.

Por ello, es deber del magistrado vigilar la ejecución de la medida cautelar y evitar traicionar la finalidad práctica que posee: salvaguardar los intereses del solicitante.

Capítulo IV

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS Y EFICACIA DE LA MEDIDA

CAUTELAR

4.1. TRATAMIENTO ESTADÍSTICO

4.1.1. PROCESAMIENTO DE DATOS

- **Revisión crítica**

- a. Cuestionarios**

En el caso de los cuestionarios aplicados a magistrados y secretarios que conocen de los procesos de Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención, han sido recibidos en su totalidad. Sin embargo faltaban algunas respuestas, que el paquete estadístico SPSS ha llamado valores perdidos o missing:

- **Jueces Civiles y Jueces de Paz letrados.-** De las 8 cédulas de cuestionario aplicadas, hemos obtenido los siguientes valores perdidos:
 - En cuatro cédulas no ha sido respondida la pregunta N° 11; por lo tanto, de 112 preguntas aplicadas a los ocho jueces encuestados, no han sido contestadas cuatro, lo que significa que nuestra investigación

cuenta con un respaldo de 96,43% puesto que el porcentaje de valores perdidos es mínimo: 3,57%.

- **Secretarios de Juzgados Civiles y de Paz letrados.**- De las dieciséis cédulas de cuestionario aplicadas, todas las preguntas han sido respondidas.

4.1.2. ORDENAMIENTO DE DATOS.

Por tratarse de una investigación cualitativa donde las respuestas no son, en sí, cuantitativas o numéricas, no ha sido posible ordenarlas en un sentido ascendente ni descendente, sin embargo, se ha cuidado de seguir el orden establecido en los mismos instrumentos:

- **Cédula de Cuestionario.**- Ha sido necesaria su codificación, exclusivamente para poder procesarlo en el paquete estadístico SPSS, siendo que hemos asignado valores a las alternativas de cada pregunta comenzando por el número uno y finalizando según el número de alternativas, por ejemplo:

De la primera pregunta de la cédula de cuestionario:

1. Respecto a la Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención que se presenta en su juzgado, recae con mayor frecuencia sobre:
 - a. Derechos de Crédito. ()
 - b. Otros bienes en posesión de terceros. ()

Podemos notar que cuenta con dos alternativas, las cuales han sido codificadas con los números 1 y 2, respectivamente. De igual forma se ha procedido con las trece preguntas restantes.

4.1.3. CLASIFICACIÓN DE DATOS.

Como hemos notado en el punto anterior, los datos han sido clasificados en: grupo de cédulas de cuestionario que a su vez han sido clasificadas en un primer grupo de secretarios que tramitan los procesos de Medida Cautelar de Embargo en forma de retención con 08 unidades y, un segundo grupo de magistrados que conocen de los mencionados procesos con ocho unidades; los mismos que han sido analizados en ese orden de clasificación.

Para esto, hemos hecho uso de la estadística descriptiva con la cuál hemos procesado los datos obtenidos mediante la aplicación de nuestros instrumentos.

4.1.4. ANÁLISIS DE DATOS.

En este punto hemos realizado el análisis de los datos obtenidos por pregunta aplicada; el mismo que es indistinto tanto para secretarios como para magistrados puesto que las preguntas han sido en esencia las mismas; por lo tanto, el estudio se efectúa en base a dieciséis respuestas,

en base a las cuales se obtendrán las frecuencias, porcentajes y valores perdidos:

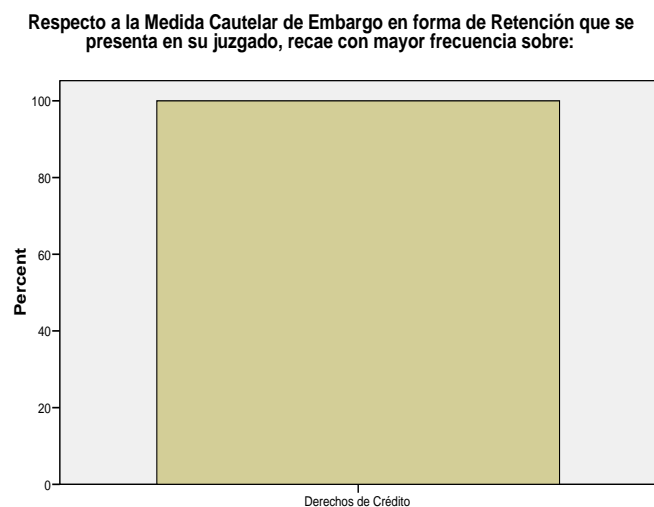
1. Respecto a la Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención que se presenta en su juzgado, recae con mayor frecuencia sobre:

Tabla de Frecuencias 1

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Valid	Derechos de Crédito	16	100.0	100.0	100.0

El resultado en esta tabla de frecuencia nos indica que el total de los encuestados respondieron que la mayor cantidad de Retenciones tienen como objeto de ejecución a los Derechos de Crédito; siendo que la respuesta uno presenta una frecuencia de “16”, que se traduce en un cien por ciento (100%) de los encuestados.

Gráfica 1



2. La frecuencia anual de demandas sobre Embargo en forma de Retención que recaen sobre derechos de crédito son:

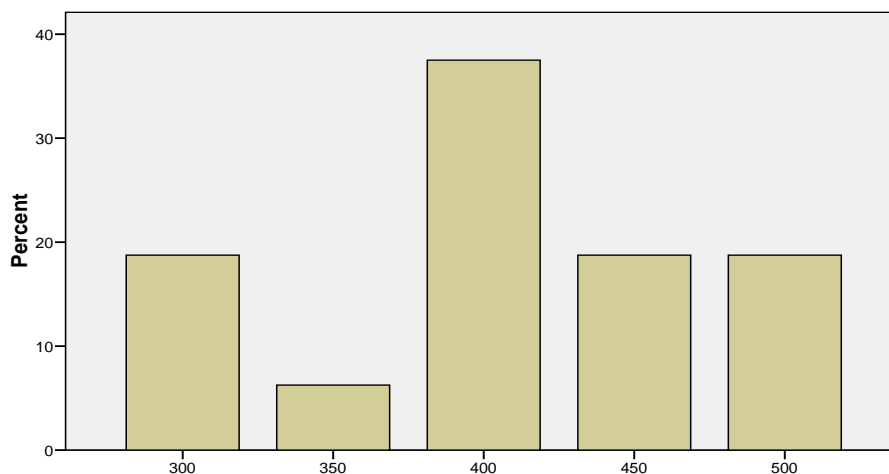
Tabla de Frecuencias 2

		Frecuencia	Unidad	Sumatoria	Promedio
Valid	300	3	900	900	900
	350	1	350	1250	1250
	400	6	2400	3650	3650
	450	3	1350	5000	5000
	500	3	1500	6500	6500
	TOTAL	16	PROM. TOTAL		406

En la Tabla de frecuencias 2 notamos que se ha obtenido una sumatoria de todos los procesos cautelares que tienen como objeto del embargo en forma de retención a los Derecho de Crédito, la misma que al ser dividida entre las 16 respuestas de la frecuencia permite obtener el Promedio Total de procesos que al respecto ingresan anualmente: 406.

Gráfica 2

La frecuencia anual de demandas sobre Embargo en forma de Retención que recaen sobre derechos de crédito son:



3. La frecuencia anual de demandas sobre Embargo en forma de Retención que recaen sobre otros bienes en posesión de terceros son:

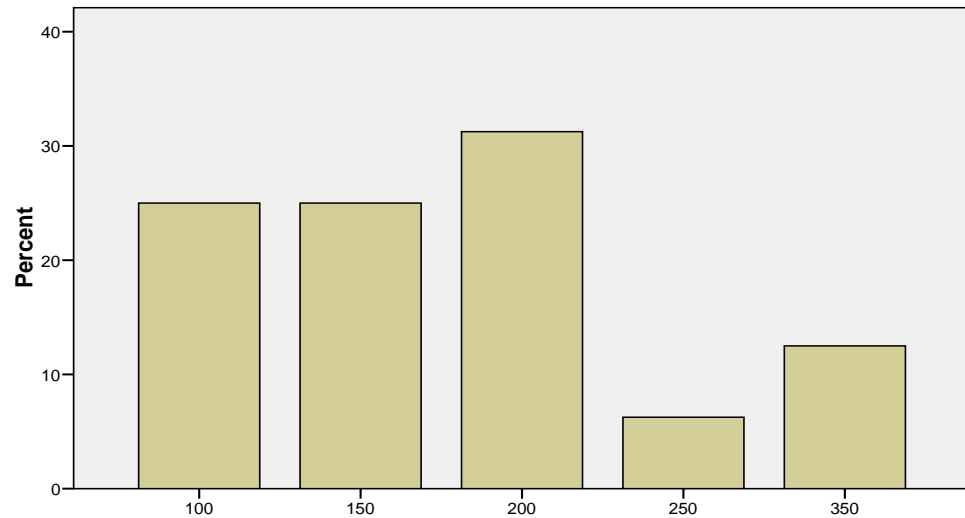
Tabla de Frecuencias 3

		Frecuencia	Unidad	Sumatoria	Promedio
Valid	100	4	400	400	400
	150	4	600	1000	1000
	200	5	1000	2000	2000
	250	1	250	2250	2250
	350	2	700	2950	2950
	Total	16	PROM. TOTAL		184

De la tabla de frecuencia 3 se obtiene que las demandas por retención que recaen sobre otros bienes diferentes de los derechos de crédito y que están en posesión de terceros, se presentan, en promedio, 184 anualmente.

Gráfica 3

La frecuencia anual de demandas sobre Embargo en forma de Retención que recaen sobre otros bienes en posesión de terceros son:



4. ¿Qué Diligencias se llevan a cabo para hacer efectiva la Orden Judicial de Ejecución de la Retención?

Tabla de Frecuencias 4

		Frecuencia
Valid	La diligencia de ejecución en la que se visita al poseedor y se levanta un acta y se lo notifica	1
	Luego de emitida la resolución se habilita al secretario judicial para que haga la diligencia, levante el acta y notifique al retenedor	1
	Primero cursamos oficio a las entidades bancarias para el informe sobre las cuentas, con la información se habilita al secretario judicial para hacer efectiva la Medida Cautelar con lo dispuesto en el	1
	Se comunica al poseedor para que retenga el bien mediante oficio donde se da cuenta de la orden judicial para que cumpla con retener el bien	1

	Se cursa el oficio respecto al poseedor conteniendo el mandato judicial para que cumpla con la ejecución	1
	Se embarga la cuenta respectiva y se la mantiene activa hasta que se acumule el monto objeto de embargo	1
	Se emite la resolución con la orden de embargo y el secretario se apersona hasta el domicilio del poseedor de bien para constituirlo en depositario o notificarlo para que retenga a favor del PJ	1
	Se envía oficio al retenedor para que tome la calidad de tal	1
	Se hace una diligencia donde se levanta un acta	1
	Se notifica al poseedor para que cumpla con la retención	1
	Se notifica al poseedor para que cumpla con retener el bien en un tiempo prudencial	1
	Se oficia a la entidad financiera con el mandato judicial y luego se hace una diligencia para levantar el acta	1
	Se oficia al poseedor del bien para que tome las medidas necesarias para retenerlo	1
	Se oficia informando al retenedor y luego se realiza la diligencia para hacer efectiva la retención	1
	Se realiza una diligencia donde se levanta un acta y se notifica al poseedor para que retenga el bien	1
	Solicitar informes sobre las cuentas del afectado con la medida y luego se oficia con el mandato judicial	1
	Total	16

5. ¿Cómo se comunica el Mandato Judicial de Ejecución de la Retención al poseedor de los Derechos de Crédito?

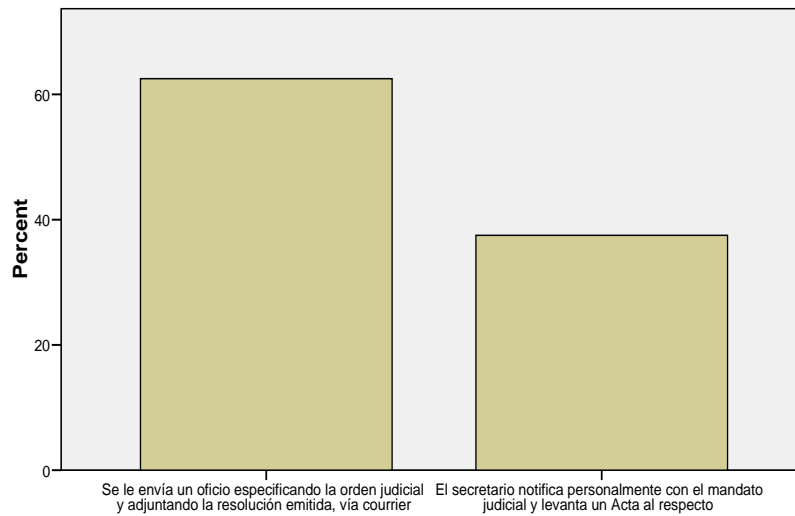
Tabla de Frecuencias 5

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Valid	Se le envía un oficio especificando la orden judicial y adjuntando la resolución emitida, vía courier	10	62.5	62.5	62.5
	El secretario notifica personalmente con el mandato judicial y levanta un Acta al respecto	6	37.5	37.5	100.0
	Total	16	100.0	100.0	

De la tabla de frecuencias 5 notamos que la mayor frecuencia la tiene la tercera alternativa, es decir que la comunicación es efectuada mediante un oficio, especificando la orden judicial y adjuntando la resolución emitida vía courier; ocupando el segundo lugar la quinta opción; el total de frecuencias corresponde a estas dos respuestas (10 y 6 respectivamente).

Gráfica 4

¿Cómo se comunica el Mandato Judicial de Ejecución de la Retención al poseedor de los Derechos de Crédito?



6. ¿Cómo se comunica el Mandato Judicial de Ejecución de la Retención al poseedor de otros bienes diferentes de los Derechos de Crédito?

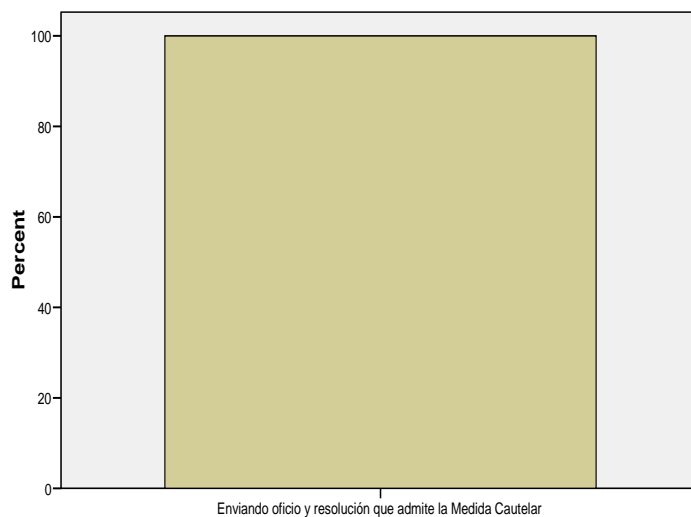
Tabla de Frecuencias 6

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Valid	Enviando oficio y resolución que admite la Medida Cautelar	16	100.0	100.0	100.0

De la tabla de frecuencia 6 obtenemos que la cuarta respuesta abarca el total de las frecuencias; por lo tanto, el 100% de los encuestados optaron por esta alternativa.

Gráfica 5

¿Cómo se comunica el Mandato Judicial de Ejecución de la Retención al poseedor de otros bienes diferentes de los Derechos de Crédito?



7. Cuando usted realiza el levantamiento de Acta de diligencia de Ejecución del Embargo en forma de Retención ¿lo hace en presencia del retenedor?

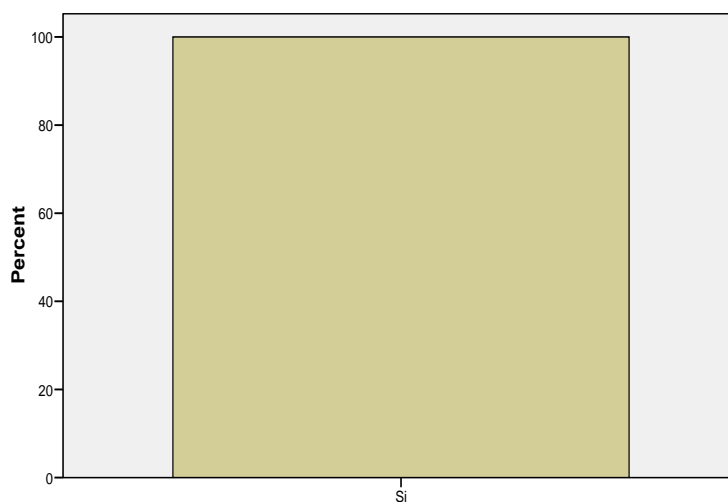
Tabla de Frecuencias 7

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Valid	Si	16	100.0	100.0	100.0

El total de respuestas indican que el acta de diligencia se realiza en presencia del retenedor.

Gráfica 6

Quando usted realiza el levantamiento de Acta de diligencia de Ejecución del Embargo en forma de Retención ¿lo hace en presencia del retenedor?



8. Usted realiza el levantamiento del Acta de diligencia de ejecución de la retención:

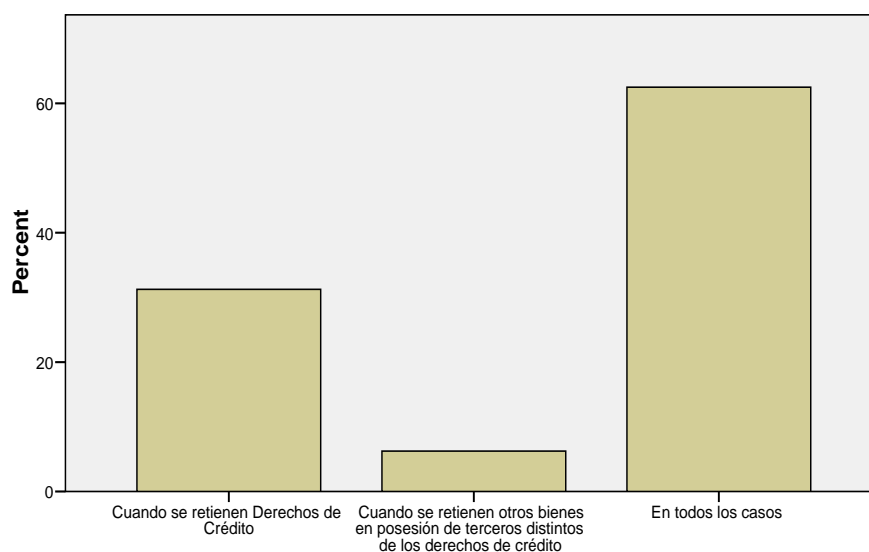
Tabla de Frecuencias 7

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Valid	Cuando se retienen Derechos de Crédito	5	31.3	31.3	31.3
	Cuando se retienen otros bienes en posesión de terceros distintos de los derechos de crédito	1	6.3	6.3	37.5
	En todos los casos	10	62.5	62.5	100.0
	Total	16	100.0	100.0	

De la tabla de frecuencia 7 notamos que la mayor frecuencia indica que el levantamiento del acta de la diligencia de ejecución de la medida cautelar se realiza en todos los casos.

Gráfica 7

Usted realiza el levantamiento del Acta de diligencia de ejecución de la retención:



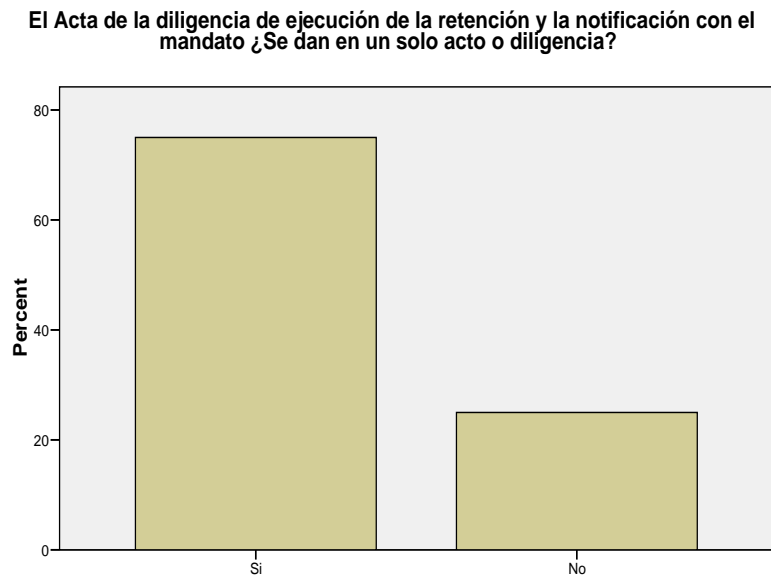
9. El Acta de la diligencia de ejecución de la retención y la notificación con el mandato ¿Se dan en un solo acto o diligencia?

Tabla de Frecuencias 8

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Valid	Si	12	75.0	75.0	75.0
	No	4	25.0	25.0	100.0
	Total	16	100.0	100.0	

El 75% han respondido que la diligencia de ejecución de la retención y la notificación del mandato se dan en un solo acto, el 25% han respondido lo contrario.

Gráfica 8



10. ¿Cuál es el lapso entre la notificación del mandato de retención y la ejecución efectiva de dicha Medida Cautelar?

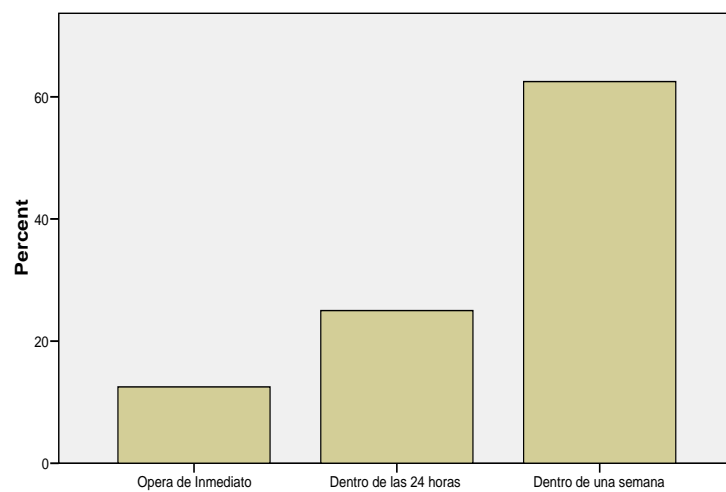
Tabla de Frecuencias 9

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Valid	Opera de Inmediato	2	12.5	12.5	12.5
	Dentro de las 24 horas	4	25.0	25.0	37.5
	Dentro de una semana	10	62.5	62.5	100.0
	Total	16	100.0	100.0	

El 62.5% de los encuestados respondieron que el período entre la notificación con el mandato de retención y la ejecución efectiva del mismo es de una semana, un 25% contestaron que es de un día y sólo un 12.5% respondió que opera de inmediato.

Gráfica 9

¿Cuál es el lapso entre la notificación del mandato de retención y la ejecución efectiva de dicha Medida Cautelar?



11. ¿Cuáles son las dificultades que limitan la efectividad de la ejecución de dicha Medida Cautelar?

Tabla de Frecuencias 10

		Frecuencia
Valid		4
	Algunos poseedores se muestran reacios a la ejecución de la medida de embargo en forma de retención	1
	Cuando el poseedor se niega a ser depositario	1

	cuando las entidades no cuentan con un asesor legal local y hay que esperar a una persona con facultades especiales para ejecutar la medida	1
	Cuando los trámites para consignar la cuenta a nombre del poder judicial no se efectúan con diligencia	1
	Cuando no existe quien se encargue de realizar el trámite	1
	Existen entidades que tienen horarios especiales para ese tipo de operaciones y los funcionarios se niegan a ser notificados si la diligencia se realiza fuera de éstos	1
	generalmente no se presentan inconvenientes	1
	La falta de funcionarios facultados para realizar la ejecución	1
	La negativa de los empleados del banco para realizar el trámite	1
	Los trámites propios del las entidades que entorpecen la ejecución	1
	No existen dificultades, la ejecución es inmediata	1
	No existen problemas	1
	Total	16

Esta tabla de frecuencias presenta cuatro valores perdidos, los demás son respuestas de tipo nominal.

12. ¿Los trámites burocráticos propios de las entidades financieras constituyen obstáculos para realizar la inmediata ejecución del Embargo en forma de Retención?

Tabla de Frecuencias 11

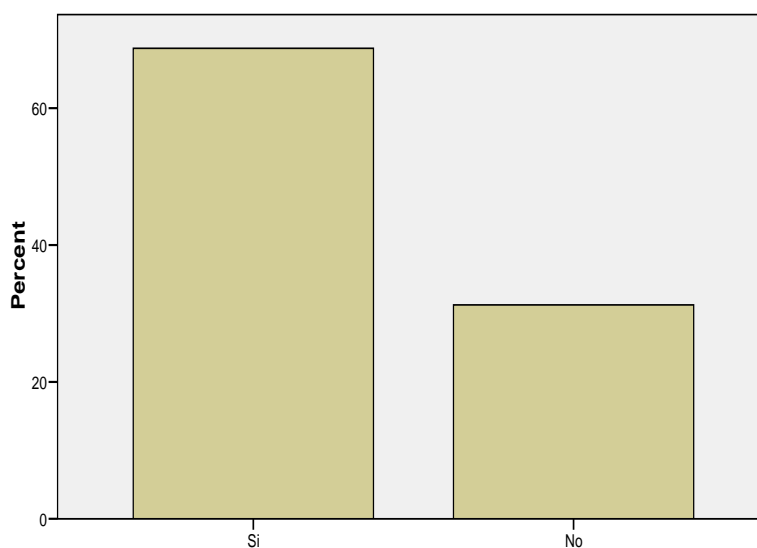
	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
--	-------------------	-------------------	--------------------------	-----------------------------

Valid	Si	11	68.8	68.8	68.8
	No	5	31.3	31.3	100.0
	Total	16	100.0	100.0	

El 68.8% de los encuestados respondieron que lo trámites burocráticos de las entidades financieras constituyen un obstáculo para realizar la inmediata ejecución del Embargo en forma de retención; mientras que un 31.3% opinan lo contrario.

Gráfica 10

¿Los trámites burocráticos propios de las entidades financieras constituyen obstáculos para realizar la inmediata ejecución del Embargo en forma de Retención?



Sí, porque:

Tabla de Frecuencias 12

		Frecuencia
Valid		6
	Constituyen un peligro en la demora	1
	El afectado con la medida podría disponer de los bienes	1
	El ejecutado podría enterarse de la medida	1
	Entorpecen la diligencia de ejecución	1

	Generan inseguridad en la efectividad de la retención	1
	Porque la medida podría llegar a no ejecutarse debidamente	1
	Propician demora	1
	Propician una demora e inseguridad porque el ejecutado puede enterarse	1
	Pueden generar el peligro de que el afectado con la medida disponga del bien	1
	Suspenden la medida	1
	Total	16

No, porque:

Tabla de Frecuencias 13

		Frecuencia
Valid		10
	La ejecución es en la misma diligencia	1
	La medida cautelar es eficaz desde el momento en que se notifica	1
	No existen muchos trámites	1
	No existen muchos trámites burocráticos	1
	Todo se hace en la misma diligencia	1
	Una vez levantada el Acta, la ejecución es inmediata	1
	Total	16

13. La negativa del retenedor a firmar el Acta y/o la cédula de notificación

Tabla de Frecuencias 14

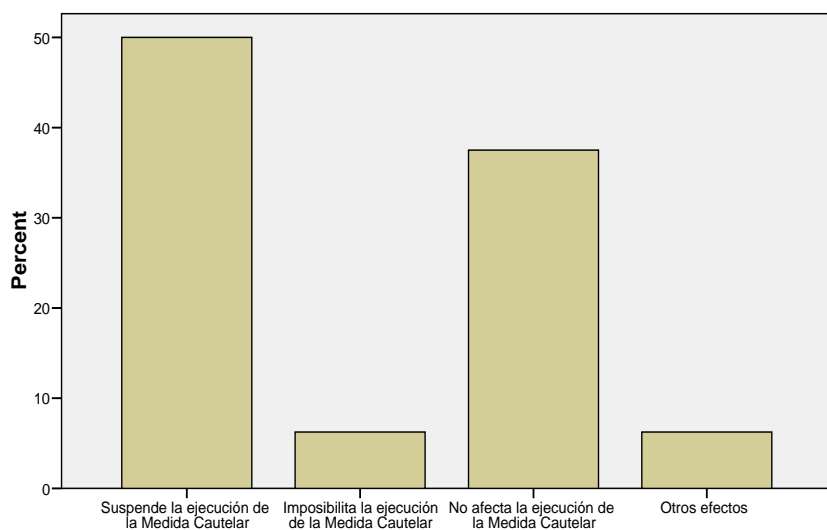
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Valid	Suspende la ejecución	8	50.0	50.0	50.0

	de la Medida Cautelar				
	Imposibilita la ejecución de la Medida Cautelar	1	6.3	6.3	56.3
	No afecta la ejecución de la Medida Cautelar	6	37.5	37.5	93.8
	Otros efectos	1	6.3	6.3	100.0
	Total	16	100.0	100.0	

El resultado en esta tabla de frecuencia indica en un 50% que la negativa del posible retenedor de recibir la notificación suspende la medida cautelar.

Gráfica 11

La negativa del retenedor a firmar el Acta y/o la cédula de notificación



Tiene otros efectos como:

Tabla de Frecuencias 15

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
	15	93.8	93.8	93.8
Simplemente se deja constancia de su negativa y se hace de su conocimiento	1	6.3	6.3	100.0

de las medidas disciplinarias o coercitivas en caso de incumplimiento con las disposiciones del Código Procesal Civil				
Total	16	100.0	100.0	

14. Luego de levantada el Acta de la diligencia de ejecución y hecha la notificación al retenedor ¿es factible notificar al afectado con la Medida Cautelar?

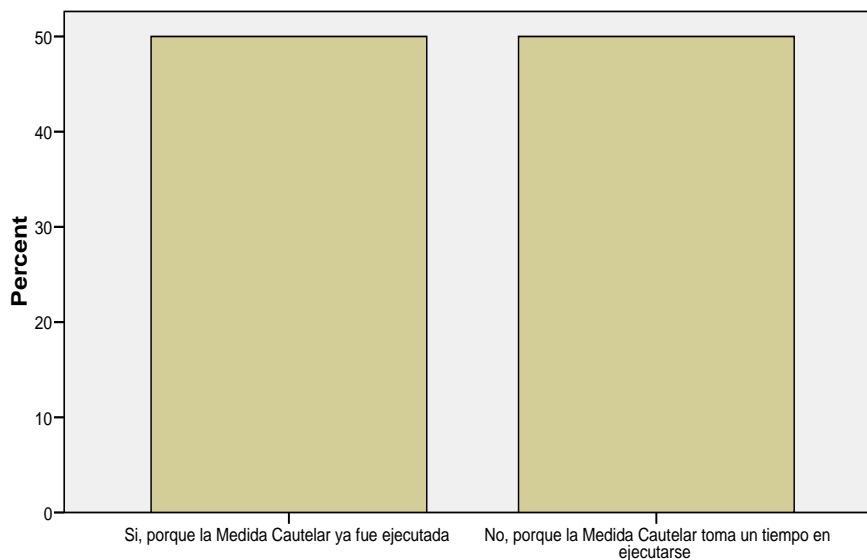
Tabla de Frecuencias 16

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Si, porque la Medida Cautelar ya fue ejecutada	8	50.0	50.0	50.0
No, porque la Medida Cautelar toma un tiempo en ejecutarse	8	50.0	50.0	100.0
Total	16	100.0	100.0	

El 50% de los encuestados opinan que es posible notificar al afectado con la medida cautelar ya que esta ha sido notificada, sin embargo, el otro 50% opina lo contrario.

Gráfica 12

Luego de levantada el Acta de la diligencia de ejecución y hecha la notificación al retenedor, es factible notificar al afectado con la Medida Cautelar?



4.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Para comprender este punto seguiremos el procedimiento indicado en el cuadro que resultó de la operacionalización de variables. Ello tiene por ventaja abarcar la discusión con mayor detalle e identificar los objetivos que el trabajo ha logrado alcanzar. En tal sentido, trabajaremos cada hipótesis y sus variables de modo independiente. Antes, recordemos en una tabla reducida el modo de trabajo indicado en la presente investigación.

HIPÓTESIS	VARIABLE	DEFINICIÓN	INDICADORES
HIPÓTESIS GENERAL H1. La relación que	V1. Grado de desnaturalización del	La deformación del procedimiento de la institución cautelar	N1. Presencia de un canal no idóneo en la notificación de la medida

<p>existe entre el grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención y el nivel de eficacia de esa medida cautelar específica es inversa.</p>	<p>procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.</p>	<p>que provoca la afectación de los derechos del solicitante y aumenta la situación riesgosa que fundamenta el pedido.</p>	<p>cautelar que permite la filtración de la decisión del juzgador.</p>
			<p>N2. Existencia de la notificación al acreedor de la medida cautelar sin haber cautelado los intereses del solicitante y garantizado la plena ejecución de la decisión del juzgador.</p>
	<p>V2. Nivel de eficacia de la medida cautelar de embargo en forma de retención.</p>	<p>La capacidad de una medida cautelar dictada y ejecutada para cumplir los fines de la institución cautelar y los principios que la rigen.</p>	<p>N4. Decisión ejecutada e implementada que cautele los intereses del acreedor, asegure el cumplimiento de la decisión final cual sea su contenido y dictada según los fines y principios de una medida cautelar.</p>
<p>H2. El grado de</p>	<p>V3. Grado de</p>	<p>Conducta circunscrita</p>	<p>N5. Ausencia de un criterio uniforme para</p>

interpretación literal que existe del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención es alto.	interpretación literal que existe del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.	según líneas de acción cuya fuente es el texto de la ley pertinente sin atender a las demás normas jurídicas y principios que inspiran la institución cautelar.	atender la falta de regulación en algunos casos sobre el procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención, se produce una conducta errante y absolutamente discrecional
H3. Los operadores judiciales tienen una concepción cultural netamente individualista y no sistémica sobre el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.	V4. Concepción cultural de los operadores de justicia sobre el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.	Construcción teórico-práctica que poseen los operadores sobre el modo y fines del procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.	N6. Ausencia de patrones constantes y armonizados sobre el procedimiento de ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.
HIPÓTESIS GENERAL H4. Los parámetros ajustados a los fines de la institución cautelar como del proceso mismo para determinar el momento de la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención	V5. Reserva en el momento de ejecución de la medida cautelar.	Implementar todas las acciones que permitan evitar el conocimiento por el deudor del pedido y la decisión del juez que pueda provocar en serio riesgo su cumplimiento.	N7. Acciones que impiden el conocimiento por el deudor del pedido y la decisión del juez que pueda provocar en serio riesgo su cumplimiento.
	V6. Búsqueda de satisfacción de la	Conjunto de medidas idóneas que viabilizan	N8. Acciones que buscan que viabilizar el pedido

a considerar, son: reserva, búsqueda de satisfacción de la obligación, diligencia en la actuación judicial y otras que emanen de los principios de la institución cautelar.	obligación.	el pedido de cautela en forma plena y permanente según la naturaleza, el monto de la obligación y los intereses del solicitante.	de cautela en forma plena y permanente según la naturaleza, el monto de la obligación y los intereses del solicitante.
	V7. Diligencia en la actuación judicial y otras que emanen de los principios de la institución cautelar.	Debida conducta de los operadores judiciales para proteger la ejecución e implementación de la decisión sobre el pedido del acreedor.	N9. Acciones que protegen a los intereses del acreedor, la ejecución de la decisión final y los derechos del deudor.

4.2.1. ÁMBITO EXPLICATIVO

En este sector de la investigación se estudia la relación existente entre la desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención y el nivel de eficacia de la medida cautelar.

La hipótesis considera que dicha relación es inversa, es decir, que mientras mayor sea la desnaturalización del procedimiento menos eficaz se convierte la medida cautelar. Cabe indicar que al definir ambas variables se ha tenido especial cuidado para evitar forma así una tautología que siempre será verdadera. Aplicamos el criterio popperiano de falsabilidad para delimitar la presente investigación como científica y no filosófica. Lo anterior es manifiestamente claro, pues al definir la primera variable, el hincapié recae sobre la afectación de los derechos del solicitante y el aumento del riesgo. Mientras que en la segunda, se hace referencia a los principios que la sustentan y ninguna referencia al solicitante. En suma, no existe pensamiento circular dentro de la hipótesis formulada.

H1.HIPÓTESIS GENERAL

La relación que existe entre el grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención y el nivel de eficacia de esa medida cautelar específica es inversa.

V1. Grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

Hemos definido al grado de desnaturalización como la deformación del procedimiento de la institución cautelar que provoca la afectación de los derechos del solicitante y aumentar la situación riesgosa que fundamenta el pedido. Indicando tres indicadores que atestiguarán el baremo antes señalado. Para ello, el mismo peso a todos los indicadores. Estos solamente podrán tomar dos valores: cero (0) y uno (1) según su presencia. De tal modo, V1 puede tomar los valores comprendidos entre cero y tres según el cuadro a continuación:

Sumatoria de N1+N2+N3	Grado de desnaturalización
0	NULO
1	BAJO
2	MODERADO
3	ALTO

INDICADORES

N1. Presencia de un canal no idóneo en la notificación de la medida cautelar que permite la filtración de la decisión del juzgador.

La notificación como acto procesal posee elementos que le permiten alcanzar los fines para lo cual fue diseñada. En tal sentido, tiene un espíritu instrumental que debe acomodarse según la naturaleza del acto por emplazar. En tal sentido, existe una relación estrecha entre ella y la reserva que caracteriza el procedimiento de ejecución de una medida cautelar. Por lo tanto, la forma como se notifica una decisión trascendental debe ser acorde a la reserva propia de la institución cautelar.

Ahora bien, tomemos en cuenta los resultados obtenidos según pregunta número cinco y seis (cuya representación es tabulada en los gráficos cuatro y cinco). En estas preguntas se pide a jueces y secretarios de los juzgados antes indicados que refieran el modo como se notifica al retenedor de los bienes y a cualquier otro que los posea. En tal sentido, debemos hacer hincapié que en general ambas respuestas confluyen en el envío de un oficio adjuntando la resolución cautelar.

Evaluemos si dicho canal es el idóneo para realizar semejante acción. En primer lugar, la idoneidad del canal se evalúa a la luz de la confidencialidad requerida para la ejecución de una medida cautelar. En segundo lugar, veamos si no existe otra posibilidad a la luz de los hechos que permita obtener mejores resultados.

Primero ocupémonos de la notificación al retenedor. En este caso vemos que el oficiar vía correo es la práctica más usada siendo la siguiente el apersonamiento del secretario al retenedor. Como hemos

indicado antes, la notificación es un acto clave para evitar alertar al deudor que actúa estratégicamente para impedir el cumplimiento de sus obligaciones. He aquí, la notificación vía correo si bien soluciona un aspecto inicial del envío vía correo, no ataca la conducta posterior de recibida la comunicación por el retenedor. Podemos concluir que si bien posee cierto margen de seguridad, falla al intentar solucionar la posible confabulación entre el retenedor y el deudor irresponsable.

Además, debemos indicar que en cuanto al segundo punto de análisis sobre la posibilidad real de mejores resultados. Esta práctica queda calificada de modo semejante. Ello pues según los fines y principios de la medida cautelar, la segunda práctica es cualitativamente superior al mero oficio vía correo. Ello porque en el caso del apersonamiento del secretario, se ejecuta la medida cautelar de forma rápida, segura y son controladas las posibles soluciones en arbitraje sostenido entre el deudor y el retenedor. Inclusive, protege los derechos de ambas partes de la relación jurídica porque cautela el cumplimiento de la resolución judicial según la ley.

De otro lado, debemos calificar que en el caso de un retenedor de otros bienes, la vía única es el oficio (sin aclarar si se realiza vía correo) por lo que este medio es marcadamente in idóneo a la luz de los argumentos esgrimidos antes.

Finalmente, el valor asignado a este indicador según las reglas establecidas es uno (01) según lo desarrollado antes.

N2. Existencia de la notificación al acreedor de la medida cautelar sin haber cautelado los intereses del solicitante y garantizado la plena ejecución de la decisión del juzgador.

Para evaluar dicho indicador tomamos en cuenta los resultados emanados de la pregunta nueve, diez y catorce. En la primera se obtiene información sobre la unidad que existe entre el momento de la ejecución y la notificación con el mandato judicial. Es posible apreciar que en un setenta y cinco por ciento se realizan en un solo acto según los operadores judiciales. Por lo tanto, ello implica que la medida cautelar debe ser ejecutada en el momento mismo o inmediatamente después de ello.

Sin embargo, según resultados obtenidos de la pregunta diez, no sucede así. Pues en un sesenta y dos por ciento, la ejecución efectiva de la medida cautelar se realiza en el lapso de una semana. Ello es preocupante porque otorga un amplio periodo de tiempo para implementar conductas estratégicas por el deudor con el fin de evitar el cumplimiento de la obligación.

Más aún, los resultados de la pregunta catorce abordan el momento de la notificación al ejecutado terminan por confirmar la presencia de este indicador. Según ellos, no existe un criterio uniforme sobre la notificación pues el criterio para hacerlo es la ejecución misma. Sin

embargo, como hemos indicado antes, ella es ejecutada tras un amplio lapso de tiempo. Por lo que, este desfase entre el tiempo y la notificación expresa una disociación entre los fines de la institución cautelar y la práctica jurídica. Situación que confirma la presencia de este indicador en la situación bajo estudio.

En consecuencia, el valor asignado a este indicador según las reglas establecidas es uno (01) según lo desarrollado antes.

N3. Ejecución parcial de la decisión que concede la solicitud de medida cautelar en cuanto al monto cautelado sin haber agotado la búsqueda respectiva.

Para la evaluación de este indicador, consideraremos los resultados obtenidos de la pregunta número nueve, diez y once, y el análisis de una resolución judicial. En los resultados obtenidos de las preguntas antes indicadas obtenemos, que no existe un momento adecuado de ejecución de la medida cautelar. Ello pues la ejecución y posterior notificación de la medida cautelar son realizadas sin haber cautelado el logro de los fines y principios de la institución. Peor aún, en este caso acudimos a la ausencia de un criterio que permita identificar la salvaguarda de los intereses de los involucrados. Es decir, que ante la decisión de la ejecución y notificación de la medida, el único elemento constituye haberla ejecutado (como hemos indicado ello, se realiza de forma imperfecta pues el tiempo de su ejecución es amplio). Mas no se atiende a la necesaria cautela de los intereses sobre el monto total de la medida

cautelar. Implica que se notifica al afectado tras haber ejecutado una medida cautelar pero ¿qué sucede si ésta no cubre el monto total? La pregunta razonable sería que debería esperarse para realizar dicha notificación hasta alcanzarlo y salvaguardando una búsqueda en un plazo razonable. Además, garantizando con mayor eficacia y celo a los posibles efectos contra el patrimonio del afectado a través de la contracautela.

En suma, la ausencia de este criterio para la ejecución de una medida cautelar viene a ser peligroso pues confirma la presencia de un amplio ámbito de irracionalidad. El análisis de la resolución judicial confirma estos resultados y agrega que dicha conducta se entiende a la luz de una visión restringida de la medida cautelar dentro del mismo proceso. Visión que encapsula la ejecución de una medida cautelar sin atender, inclusive, al desarrollo del proceso.

En consecuencia, el valor asignado a este indicador según las reglas establecidas es uno (01) según lo desarrollado antes.

Por lo anterior, y según los resultados de los indicadores antes tratados obtenemos el siguiente resultado.

Sumatoria de N1+N2+N3	Grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de
----------------------------------	--

	embargo en forma de retención.
3	ALTO

V2. Nivel de eficacia de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

Hemos definido a esta variable como la capacidad de una medida cautelar dictada y ejecutada para cumplir los fines de la institución cautelar y los principios que la rigen. Para la asignación de valor, utilizaremos el indicador antes expresado. En este caso, únicamente poseemos un indicador dado por lo que el trabajo se hace un poco complejo. He aquí que introduciremos una valoración escalonada de esta variable para asemejarla al tratamiento de la variable anterior. Según el siguiente cuadro

PRESENCIA DE INDICADOR	NIVEL DE EFICACIA
La decisión no es ejecutada.	NULO
Decisión es ejecutada en forma parcial y lenta.	BAJO
Decisión implementada y ejecutada en forma total y lenta.	MODERADO
Decisión implementada y ejecutada en forma rápida y cautela la totalidad del monto.	ALTO

N4. Decisión ejecutada e implementada que cautele los intereses del acreedor, asegure el cumplimiento de la decisión final cual sea su contenido y dictada según los fines y principios de una medida cautelar.

Para evaluar la presencia de este indicador, consideraremos los resultados de la pregunta número once y catorce. Procederemos ajustando la presencia del indicador según la tabla anterior.

En primer lugar debemos considerar que según resultados de ambas preguntas no es posible considerar una presencia intensa de este indicador. Ello pues como hemos visto existe una imposibilidad en su ejecución. Más aún, según la revisión de las resoluciones judiciales antes indicadas y las preguntas, existe la presencia de medidas cautelares cuya implementación ha demorado el lapso de una semana. En tal sentido, no se ha encontrado una regularidad en la presencia de medidas cautelares que sean ejecutadas en su totalidad y en forma rápida. Por lo que no es posible asignar este valor.

En cuanto, al segundo aspecto hemos identificado que existen resoluciones judiciales que no han sido ejecutadas en su totalidad aunque lo ha hecho en forma lenta. Ello pues la ejecución chocó con la ausencia de bienes y créditos hasta el monto pedido. Habiéndose notificado con la medida cautelar posteriormente, lo que influyó -al parecer- pues no fue alcanzado el monto de cautela. En tal sentido, este valor tampoco es posible atribuirlo.

Según las resoluciones judiciales y las preguntas antes analizadas, se obtiene que, la ejecución sea realizada en casi todos los casos pero no de forma rápida y total. Por lo que, le corresponde este nivel de presencia. Queda innecesario un tratamiento a fondo del último valor.

En consecuencia, la presencia de este indicador según las reglas establecidas es “Decisión es ejecutada en forma parcial y lenta”

Por lo anterior, y según los resultados de los indicadores antes tratados obtenemos el siguiente resultado.

PRESENCIA DE INDICADOR	NIVEL DE EFICACIA
Decisión es ejecutada en forma parcial y lenta.	BAJO

H2. Hipótesis específica

El grado de interpretación literal que existe del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención es alto; toda vez que los auxiliares jurisdiccionales y entienden que la medida cautelar de embargo en forma de retención ha sido ejecutada a partir de la notificación con la orden jurisdiccional al retenedor.

V3. Grado de interpretación literal que existe del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

Esta variable ha sido definida como la conducta circunscrita según líneas de acción cuya fuente es el texto de la ley pertinente sin atender a las demás normas jurídicas y principios que inspiran la institución cautelar. Esta variable, y las siguientes, tienen una problemática especial pues abordan un aspecto netamente subjetivo cuya plasmación es difícil de acceder en pureza. Por ello, hemos implementado una forma de análisis diferente a la anterior. Asumimos que la conducta de los operadores judiciales se halla reglada según el Código Procesal Civil por lo que es de esperarse que posean idoneidad y diligencia debida en su actuación. Como dichas características pertenecen a todos los operadores judiciales, consideramos que la ausencia de algunos elementos claves en dicha conducta debida denota que hay un grado de literalidad pues no se sigue de las normas y principios de esta institución.

El indicador que abordaremos revelará el grado de apartamiento de dicha conducta debida, la que hemos nombrado como grado de interpretación literal. Como vemos, este análisis negativo tiene como ventaja evaluar la conducta a la luz de lo prescrito por el Código Procesal Civil.

Para relacionar la presencia del indicador y el valor que asume la variable se ha elaborado el siguiente cuadro:

PRESENCIA DE INDICADOR	GRADO DE LITERALIDAD
Presencia de la conducta regular, diligente y debida según los fines y principios de la	NULO

institución a la luz del Código Procesal Civil para atender la falta de regulación.	
Existencia de criterio recurrente para atender la falta de regulación en algunos casos sobre el procedimiento para la ejecución de la medida cautelar.	BAJO
Ausencia de criterio recurrente para atender la falta de regulación en algunos casos sobre el procedimiento para la ejecución de la medida cautelar	MODERADO
Ausencia de conducta diligente y debida según los fines y principios de la institución a la luz del Código Procesal Civil.	ALTO

N5. Ausencia de un criterio uniforme para atender la falta de regulación en algunos casos sobre el procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención, se produce una conducta errante y absolutamente discrecional.

Procederemos de modo semejante que en el análisis del indicador anterior pero esta vez partimos del valor nulo. En cuanto a este aspecto, se atienden los resultados de las preguntas cuatro y trece. En la primera se reconoce la ausencia de una conducta debida regular por los operadores judiciales pues no se han establecido un *iter* claro para llevar a cabo la ejecución de la medida cautelar. Algunas de las respuestas colisionan frontalmente con los

principios de reserva y rapidez que inspiran la institución cautelar. Ello denota que no existe una conducta regular.

De otro lado, las repuestas de la pregunta número trece chocan con el texto mismo del Código Procesal Civil. Paradójicamente, la interpretación del indicado artículo traiciona la misma literalidad²¹. Por lo que, podemos afirmar que no adopta en modo alguno la conducta prescrita por el Código Procesal Civil. En vista de lo anterior, podremos considerar que no cae dentro de los supuestos considerados como nulo y bajo.

En cuanto al siguiente supuesto, recurrimos a los resultados de la pregunta número catorce. De ella se obtiene que no existe un criterio uniforme de actuación en el procedimiento de ejecución de una medida cautelar de embargo en forma de retención. Más aún cuando se evalúan los resultados y se evidencia que no existe un criterio único en la solución de ausencia de regulación como definir el momento de la ejecución de la medida cautelar y qué hacer en el caso que requiera mayores acciones hasta el monto de la medida cautelar.

²¹ Podría parecer que existe una contradicción entre el resultado obtenido y el nombre de la variable pero hemos preferido conservar dicho denominación porque permite caracterizar una conducta de apego irracional al texto de la ley y la ausencia de una conducta debida. El énfasis es colocado sobre la conducta mas no sobre el texto mismo porque en este caso la valoración excesiva de una parte del artículo genera una visión distorsionada de la ley.

Si agregamos la existencia de una indebida notificación a esta situación concluimos que se presenta una total conducta negligente y dilatoria en el procedimiento de ejecución de esta medida cautelar.

En consecuencia, la presencia de este indicador según las reglas establecidas es “Ausencia de conducta diligente y debida según los fines y principios de la institución a la luz del Código Procesal Civil”. Por lo anterior, y según los resultados de los indicadores antes tratados obtenemos el siguiente resultado.

PRESENCIA DE INDICADOR	GRADO DE LITERALIDAD
Ausencia de conducta diligente y debida según los fines y principios de la institución a la luz del Código Procesal Civil.	ALTO

H3. Hipótesis específica

Los operadores judiciales tienen una concepción cultural netamente individualista y no sistémica sobre el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.

V4. Concepción cultural de los operadores de justicia, en forma no armónica ni coherente sobre el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.

La siguiente variable ha sido definida como la construcción teórico-práctica que poseen los operadores sobre el modo y fines del procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención. Para este indicador procederemos de modo semejante que en el indicado anterior. Es decir que partiremos de una conducta estándar prescrita por el Código Procesal Civil ante el cual confrontaremos los resultados obtenidos por la investigación.

Por demás queda indicar el patrón de comportamiento estándar. Éste se limita en un sentido reducido a aplicar los principios de la institución cautelar. Además, orienta todas las acciones posibles para alcanzar las características que conforman dicha institución. Los caracteres claves vendrán a ser la fidelidad a la normativa y la coherencia interna que poseen. La elección de los términos que identifican cada concepción cultural no posee relación con el uso de dichos vocablos en otros ámbitos del saber humano sino que han sido seleccionados para la presente investigación. Aunque se hallan jerarquizados, esto no implica que eso mismo suceda en la realidad. Tampoco agota todas las posibles concepciones sino que tiene un carácter meramente referencial que necesita ser ahondado con mayores estudios. Se consideró conveniente realizar esta distinción para intentar abordar una investigación explicativa. Finalmente, la conducta estándar también podría ser considerada como alguna de ellas. Se asume que posee un sano equilibrio entre las tres.

Para relacionar la presencia del indicador y el valor asumido por la variable se ha elaborado el siguiente cuadro:

PRESENCIA DE INDICADOR	CONCEPCIÓN CULTURAL
Concepción cultural incoherente y separada de la normativa procesal.	INDIVIDUALISTA
Concepción cultural incoherente y acorde con de la normativa procesal.	NORMATIVISTA
Concepción cultural coherente y acorde con la normativa procesal.	SISTÉMICA

N6. Ausencia de patrones constantes y armonizados sobre el procedimiento de ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

En este caso vamos a tomar en cuenta los resultados de las preguntas número cuatro, nueve, diez, once, trece y catorce. Identificamos rápidamente en ellas la ausencia de patrones culturales recurrentes en la ejecución de la medida cautelar. Se tratan de manifestaciones diversas que no alcanza a identificarse como una concepción común. Esto impide tener un análisis acabado y completo sobre las concepciones abordadas.

Veamos, no existe un criterio común y coherente sobre las diligencias necesarias para llevar a cabo el procedimiento de ejecución de una medida cautelar. Existe una contradicción entre las soluciones arribadas en las preguntas diez y catorce, lo que revela una concepción incoherente entre sí. Más aún, la interpretación de la pregunta número trece contraría el texto mismo del Código Procesal Civil. En suma, la concepción que tienen los operadores judiciales únicamente puede ser considerada como individualista según el presente trabajo.

4.2.2. ÁMBITO PROPOSICIONAL

H4. HIPÓTESIS GENERAL

Los parámetros ajustados a los fines de la institución cautelar como del proceso mismo para determinar el momento de la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención a considerar, son: reserva, búsqueda de satisfacción de la obligación, diligencia en la actuación judicial y otras que emanen de los principios de la institución cautelar.

En este ámbito de la hipótesis consideramos la eficacia de las propuestas según los principios y fines de la institución cautelar y según los hallazgos considerados antes. Además, el énfasis vira a la solución propuesta antes que al problema mismo. La contrastación en el presente trabajo es netamente teórica aún cuando se utilizan resultados extraídos del trabajo de campo que hemos revisado.

Por ello, presento un cuadro esquemático donde indicamos las soluciones propuestas y los problemas pendientes de solución.

SOLUCIÓN PROPUESTA	INDICADOR	PROBLEMA IDENTIFICADO	VALORES DE LA SOLUCIÓN
Reserva en el momento de ejecución de la medida cautelar.	Acciones que impiden el conocimiento por el deudor del pedido y la decisión del juez que pueda provocar en serio riesgo su cumplimiento.	Deficiente notificación.	EFICAZ - INEFICAZ
		Colusión entre retenedor y deudor	
		Notificación antelada a la ejecución total de la medida cautelar.	
Búsqueda de satisfacción de la obligación.	Acciones que buscan que viabilizar el pedido de cautela en forma plena y permanente según la naturaleza, el monto de la obligación y los intereses del solicitante.	Imposibilidad de la ejecución en más bienes del deudor.	EFICAZ - INEFICAZ
		No cautelar los intereses del acreedor hasta el monto expresado en la solicitud de la medida cautelar.	

Diligencia en la actuación judicial.	Acciones que protegen a los intereses del acreedor, la ejecución de la decisión final y los derechos del deudor.		EFICAZ - INEFICAZ
		Provoca incertidumbre por no haber cautelado totalmente el monto de la obligación.	

V5. Reserva en el momento de ejecución de la medida cautelar.

Este criterio fue operacionalizado de modo semejante que una variable (como los demás) con el objeto de conocer el grado de eficacia que se obtiene. Implementar todas las acciones que permitan evitar el conocimiento por el deudor del pedido y la decisión del juez que pueda provocar en serio riesgo su cumplimiento.

N7. Acciones que impiden el conocimiento por el deudor del pedido y la decisión del juez que pueda provocar en serio riesgo su cumplimiento.

Este indicador refleja la aptitud de este criterio propuesto a la luz de los tres problemas que pretende dar solución: deficiente notificación, colusión entre retenedor y deudor, y Notificación antelada a la ejecución total de la medida cautelar.

Antes de iniciar el análisis, describamos los tres problemas encontrados en la ejecución de la medida cautelar. Se ha hallado que la notificación hacia el retenedor es manifiestamente in idónea para llevar a cabo los principios de la institución procesal. El mero oficio vía correo puede ser perfectamente reemplazado por el emplazamiento personal del secretario judicial. Siendo que la diligencia de notificación y ejecución deben ser realizadas en un momento único aunque esto será desarrollado más adelante. Además, se ha encontrado que la notificación en algunas ocasiones no se realiza vía correo por lo que la posibilidad de infidencia durante el traslado y dentro de la organización retenedora como un banco se incrementa.

La posibilidad de colusión entre retenedor y acreedor es favorecida por los vínculos que tienen y los posibles perjuicios que supondría la ejecución de una medida cautelar aunque esto es controlado mediante la contracautela. El hecho que la medida cautelar sea demorada en su ejecución más los excesivos trámites al interior de algunas entidades del sistema financiero provoca que las posibilidad de colusión se incrementen.

En cuanto a la notificación antelada, se ha encontrado que no existe como criterio para decidir la notificación al afectado el haber cubierto el monto total de la medida cautelar. Ello implica que ni bien ejecutada una medida cautelar que no satisface dicho monto, el ejecutado al ser notificado tiene bastantes posibilidades de evadir posteriores resoluciones. Más aún pone en serio riesgo la eficacia de futuras medidas cautelares en otros procesos pues puede originar una nueva modalidad de incumplimiento de obligaciones.

Ahora bien, el criterio propuesto es justamente un principio que debe orientar las actuaciones judiciales dentro del procedimiento cautelar. Aun cuando es considerado como una característica de la medida cautelar proponemos que sea considerado como un principio especial del procedimiento. Ello implica que una vez considerado podrían darse las siguientes soluciones: la notificación tendría que ser realizada aspirando a la mayor reserva posible, priorizando en lo posible emplazamiento por el mismo secretario. Además, se tendría que recurrir al uso de correo electrónico confidencial con el responsable de una entidad financiera bajo responsabilidad civil y penal en caso de infidencia. En cuanto a la posibilidad de colusión, debe evitarse el conocimiento previo por el deudor de la medida a través del dicho del retenedor. Un aspecto interesante constituye que dicho principio determinaría un deber de reserva que originaría responsabilidad en el retenedor de modo semejante a los jueces y secretarios según el Código Procesal Civil en su artículo seiscientos veintiséis.

Finalmente, en cuanto a la notificación adelantada. El principio de reserva está íntimamente con el siguiente, esto implica que no cesa en tanto no halla sido cautelada la totalidad del monto bajo examen. Por ello podemos afirmar que esta propuesta soluciona dos problemas y parcialmente uno, con la asistencia de otro principio propuesto. Ambos son deducidos de los principios y fines de la institución cautelar pues pretenden efectivizar su desarrollo y alcance.

V6. Búsqueda de satisfacción de la obligación.

La siguiente propuesta es definida como el conjunto de medidas idóneas que viabilizan el pedido de cautela en forma plena y permanente según la naturaleza, el monto de la obligación y los intereses del solicitante. El indicador utilizado fue construido de igual forma que el anterior, es decir, procura la obtención de un principio antes que la creación de reglas específicas.

N8. Acciones que buscan que viabilizar el pedido de cautela en forma plena y permanente según la naturaleza, el monto de la obligación y los intereses del solicitante.

Veamos que estas acciones tienen como fundamento el principio de búsqueda de satisfacción de la obligación. Dicho principio se enfrenta a tres problemas: Notificación antelada a la ejecución total de la medida cautelar, imposibilidad de la ejecución en más bienes del deudor y no cautelar los intereses del acreedor hasta el monto expresado en la solicitud de la medida cautelar.

El primer problema ha sido tratado antes. El siguiente ha sido detectado sobre la imposibilidad posterior de nueva ejecución porque los bienes y créditos posibles han sido direccionados a otras agencias financieras en el mejor de los casos. En el peor, han sido transferidos a otras personas. Ello

como vemos parte de una ineficiente ejecución de una medida cautelar que pone en aviso al afectado y le prepara para posteriores actos estratégicos.

El tercer problema que afronta ha sido tratado antes y posee directa relación con el anterior. En cierto modo, consiste en un paso previo a la situación anterior porque se ejecuta parcialmente la medida cautelar y provoca grave riesgo en el acreedor. Más aún como señalamos antes, el riesgo que posee el acreedor es compartido con el órgano jurisdiccional. En caso que no se materialice dicha ejecución hasta por el monto total implica que no solo será difícil garantizar el pago final sino la ejecución de la resolución final. He aquí, no solo existe un interés en riesgo (el acreedor y la deuda) sino también el órgano jurisdiccional para ejecutar sus fallos y cumplir con su fin y principios.

El principio elaborado intenta solucionar estos problemas pues coloca el énfasis en el cumplimiento de la obligación pero no en la parte procedimental. Ello implica favorecer el interés privado más idóneo y por cuya razón existe la institución cautelar. No olvidemos que en caso de no atender la obligación estamos privilegiando a una parte procesal: el deudor. Pero ello tampoco implica quebrantar sus derechos pues debe incrementarse en modo, naturaleza y forma la contracautela para que la institución sea racional a luz de los principios que la inspiran.

Por lo anterior, consideramos que a partir de dicho principio es posible solucionar el primer problema pues no sería posible notificar al afectado

hasta garantizar el monto de la medida cautelar pues suponemos que éste se halla relacionado con la suma que contiene la prestación por ejecutar. Como es posible ver, en ningún momento subrogamos la facultad y deberes de diligencia que tiene el acreedor pero le brindamos las mayores posibilidades de éxito cuando las ejercita según la ley.

A partir de ello, los dos siguientes problemas son perfectamente solubles pues la ejecución de la medida cautelar se extiende hasta haber agotado todas las oportunidades disponibles para alcanzar el monto indicado en la resolución que concede la medida cautelar. Esto obliga a cubrir el monto total e impedir la posibilidad de una nueva ejecución parcial que será infructuosa.

Finalmente, podemos considerar que este principio demuestra ser eficaz para solucionar estos problemas indicados. He aquí, reitero que no privilegio al existencia de reglas establecidas hasta que sea imprescindible ello pues confiamos en la facultad de jueces y juristas para completar y rellenar esos vicios aparentes de regulación.

V7. Diligencia en la actuación judicial y otras que emanen de los principios de la institución cautelar.

Ha sido definida como la debida conducta de los operadores judiciales para proteger la ejecución e implementación de la decisión sobre el pedido del acreedor. En tal sentido, consideraremos que la conducta debida se halla

prescrita pero debe ser hecha explícita para cubrir la conducta del juez y dotar de mecanismos rápidos para evitar dilaciones en la satisfacción de la obligación.

N9. Acciones que protegen a los intereses del acreedor, la ejecución de la decisión final y los derechos del deudor.

El tratamiento de este principio se realiza según el esquema anterior y según los problemas que puede solucionar: no haber cautelado los intereses del acreedor hasta el monto expresado en la solicitud de la medida cautelar y provocar incertidumbre por no haber cautelado totalmente el monto de la obligación.

En cuanto al primer problema hemos escrito antes sobre él. Por el segundo, veremos que dicha situación es un resultado de los problemas antes indicados. La incertidumbre en una sociedad genera severos efectos distorsionadores en las transacciones económicas, el respaldo de la ley por los ciudadanos y desconfianza en sus funcionarios. De tal suerte, no tardan en aparecer algunas soluciones extralegales que intentan asegurar el resultado final: corrupción. Ello provoca que el sistema jurídico, en su totalidad, sea debilitado y por consiguiente sus instituciones resulten ineficientes.

Como vemos, este principio no constituye más que una norma evidente que existe en nuestro ordenamiento pero cuyo mecanismo de refuerzo (sanción)

no ha sido implementado. El desarrollo que inspira este principio viene a ser: implementar reglas de traslado de daño en responsabilidad para los jueces y operadores judiciales. Además intenta evitar el encasillamiento en normas dadas para priorizar las soluciones principistas y evitar la conducta estratégica por parte de los sujetos procesales y terceros.

En este sentido, el principio antes indicado es eficaz pues permite la implementación de nuevas reglas e interpretaciones acerca de la responsabilidad que ostentan los jueces, secretarios, auxiliares y demás miembros del sistema jurídico.

4.2.3. CONSIDERACIONES FINALES ACERCA DE LA CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS.

Podemos afirmar que las hipótesis y variables han sido estudiadas y analizadas según el esquema contenido en el capítulo uno del presente documento. Para ello hemos realizado el siguiente cuadro que contiene en forma sistemática y ordenada las conclusiones preliminares:

HIPÓTESIS	VARIABLE	Valor de variable	Indicadores	Valor de indicador
HIPÓTESIS GENERAL La relación que existe entre el grado de desnaturalización del procedimiento para la	Grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en	ALTO	N1	1 (Presente)
			N2	1 (Presente)

ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención y el nivel de eficacia de esa medida cautelar específica es inversa.	forma de retención.		N3	1 (Presente)
	Nivel de eficacia de la medida cautelar de embargo en forma de retención.	BAJO	N4	Decisión es ejecutada en forma parcial y lenta.
H2. El grado de interpretación literal que existe del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención es alto.	Grado de interpretación literal que existe del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.	ALTO	N5	Ausencia de conducta diligente y debida según los fines y principios de la institución a la luz del Código Procesal Civil.
H3. Los operadores judiciales tienen una concepción cultural netamente individualista y no sistémica sobre el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.	Concepción cultural de los operadores de justicia sobre el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.	INDIVIDUALISTA	N6	Concepción cultural incoherente y separada de la normativa procesal.
HIPÓTESIS GENERAL H4. Los parámetros ajustados a los fines de la institución cautelar como del proceso mismo para determinar el momento de	V5. Reserva en el momento de ejecución de la medida cautelar.	EFICAZ	N7	
	V6. Búsqueda de satisfacción de la	EFICAZ	N8	

la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención a considerar, son: reserva, búsqueda de satisfacción de la obligación, diligencia en la actuación judicial y otras que emanen de los principios de la institución cautelar.	obligación.			
	V7. Diligencia en la actuación judicial y otras que emanen de los principios de la institución cautelar.	EFICAZ	N9	

Según el cuadro antes indicado podemos afirmar que existe una relación inversa entre las variables: Grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención y nivel de eficacia de la medida cautelar de embargo en forma de retención. Ello se desprende de la investigación, según la evaluación de las variables a través indicadores antes mencionados. Por lo que podemos concluir que la hipótesis ha resistido la contrastación ala que fue sometida.

En cuanto a las hipótesis específicas, se desprende de la investigación que existe un alto grado de interpretación literal sobre el procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención. Además, se ha hallado en la investigación que los operadores judiciales tienen una concepción cultural netamente individualista y no sistémica sobre el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.

El ámbito propositivo de la investigación ha sido adecuadamente contrastado a través de indicadores desarrollados solventemente. Se ha encontrado en la investigación que los parámetros (principios) de la institución cautelar: reserva, búsqueda de satisfacción de la obligación, diligencia en la actuación judicial y otras que emanen de los principios de la institución cautelar, son eficaces para solucionar los problemas a los que se enfrentan.

Finalmente, se ha encontrado que dichos principios poseen un valor mayor siendo usados como normas principistas que orienten la creación de normas y la interpretación de las existentes. Resta un trabajo posterior para desarrollarlos en forma precisa más aún cuando se ha contrastado su eficacia real y práctica.

Capítulo V

PROPUESTA, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. PROPUESTA

Siendo que en los capítulos anteriores se ha señalado con detalle la vulneración a la naturaleza de las medidas cautelares que se configura en los casos de embargo en forma de retención en que el secretario únicamente sienta el acta en presencia del retenedor, sin asegurarse que la retención sea efectivamente realizada, lo cual genera muchos inconvenientes a nivel práctico, es pertinente, realizar una propuesta de modificación normativa al respecto, para lo cual se realizará una exposición de motivos previa.

5.1.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A. ANTECEDENTES

La redacción del artículo 658° del Código Procesal Civil ha sido modificada en virtud de los problemas materiales que se habían generado por su contenido, que fue el siguiente:

“...Artículo 658.- la medida cautelar de embargo en forma de retención se ejecuta con la diligencia de toma de dicho que prevé dicha norma, por lo que inmediatamente después de efectuada la

referida diligencia se debe notificar al afectado con la medida cautelar dispuesta, acatando a su vez lo establecido en el artículo 637° de la norma procesal mencionada...”.

Dicha redacción generaba dos problemas prácticos concretos, al considerarse ejecutada la medida cautelar con la diligencia de toma de dicho, el legislador anula la posibilidad de que el secretario corrobore la efectiva afectación al patrimonio retenido por parte del retenedor, especialmente en los casos de retenciones por medios electrónicos en los que hace falta llevar a cabo procedimientos adicionales; en segundo lugar, al disponer la notificación del afectado inmediatamente después de realizada la diligencia de toma de dicho se posibilitaba para que este disponga de su patrimonio antes de que pueda efectivizarse la real retención; haciendo ineficiente el procedimiento y, consecuentemente, tornando en ineficaz la norma.

La redacción fue modificada por la fórmula actual que dice lo siguiente:

“Artículo 658.- El Secretario interviniente sentará el acta de embargo en presencia del retenedor, a quien le dejará la cédula de notificación correspondiente, haciendo constar el dicho de éste sobre la posesión de los bienes y otros datos relevantes. Si se niega a firmar, dejará constancia de su negativa.”

La nueva redacción aparentemente soluciona el problema de la notificación adelantada dejando la responsabilidad acerca de la retención al propio retenedor; sin embargo, dicha fórmula de ninguna manera soluciona el problema, debido a que nuevamente toma como el momento de ejecución de la medida la toma de dicho o levantamiento del acta pero no así la constatación de que el bien fue efectivamente retenido; asimismo, ello tampoco evita las suspicacias que suelen presentarse en un plano práctico como el hecho de que muchas veces el afectado con la medida cautelar toma conocimiento de la misma por acción del personal de la entidad retenedora.

En ese sentido, se hace necesaria la revisión del contenido de este artículo y su modificación de conformidad con los fines de las medidas cautelares y el trámite definido en el artículo 637 del Código Procesal Civil.

B. CONTENIDO

El artículo 612° del Código Procesal Civil, regula como características de la medida cautelar las siguientes: “... *importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable...*”.

Dicho prejuzgamiento, de conformidad con lo regulado en el artículo 611° del mismo cuerpo legislativo, está referido a la verificación de la verosimilitud del derecho invocado, lo que permite avizorar que el

resultado puede ser favorable al solicitante y que, por tanto, ha de ser cautelado a fin de que la Sentencia sea efectiva.

En cuanto a su provisoriedad, también está relacionada con la regulación del artículo 611º, en tanto la finalidad de la medida cautelar es evitar el peligro en la demora y garantizar la eficacia de la pretensión, es decir, asegurar que la Sentencia final pueda ser ejecutada efectivamente, tutelándose así el derecho invocado.

En ese sentido, la ejecución prematura de la medida cautelar de embargo en forma de retención podría causar, como materialmente ocurre, ineficacia de la Sentencia, en el sentido de que al considerar ejecutada la misma a partir de la toma de dicho sin que el secretario se asegure que todos los procedimientos para ello se hayan llevado a cabo, termina por afectar la finalidad misma de la medida cautelar.

C. JUSTIFICACIÓN

Dichas circunstancias señaladas terminan por afectar, además de las finalidades de la medida cautelar, la naturaleza propia de dicha institución jurídica y su nivel de eficacia. Lo que se expresa en:

- A. La presencia de un canal no idóneo en la notificación de la medida cautelar.

- B. La existencia de comunicación al afectado con la medida cautelar sin haber cautelado materialmente los intereses del solicitante.
- C. Una ejecución parcial de la medida cautelar de embargo en forma de retención.
- D. La posibilidad para que el secretario efectúe una interpretación literal contraria a los fines de la medida cautelar.
- E. La ineficacia de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

Situación que causa una afectación al derecho al debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional Efectiva y, lo que es peor, torna en ineficaz el artículo 658 del Código Procesal Civil, cuya consecuencia material es dejar en desprotección al solicitante de la misma.

5.1.2. ADECUACIÓN

Con lo anteriormente dicho, queda justificada la necesidad de tomar una medida legislativa que resulte adecuada a la realidad material, puesto que la finalidad del proceso civil es alcanzar una solución justa al conflicto de derechos o a la incertidumbre jurídica y, esta solución justa pasa por la eficacia de sus disposiciones. En ese sentido, la redacción del referido artículo 658 del Código Procesal Civil, debe decir:

“Ejecución de la retención.-

Artículo 658.-

Para ejecutar la medida cautelar de embargo en forma de retención, el secretario de la causa deberá seguir el siguiente procedimiento:

1. Constituirse a la entidad u órgano de auxilio judicial que se encargará de la retención, a fin de realizar la diligencia de toma de dicho que prevé la norma.
2. Luego de realizada la referida diligencia, el secretario deberá asegurarse que el órgano retenedor lleve a cabo las actuaciones necesarias para hacer efectiva dicha retención sobre la cuenta del afectado con la medida cautelar.
3. Constatada la retención por el secretario se debe notificar al afectado con la medida cautelar dispuesta, acatando a su vez lo establecido en el artículo 637° de la norma procesal mencionada...”

5.2. CONCLUSIONES

Al finalizar la investigación es posible concluir lo siguiente:

- 5.2.1. La hipótesis general ha sido debidamente contrastada. Es decir, la relación que existe entre el grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención y el nivel de eficacia de esa medida cautelar específica es inversa.

- 5.2.2. Existe un alto grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención por parte de los operadores jurisdiccionales, los mismos que la entienden ejecutada a partir de la notificación de la orden jurisdiccional para retener, lo que ocasiona su ineficacia en muchos de los casos.
- 5.2.3. En la ejecución de una medida cautelar de embargo en forma de retención se ha encontrado la presencia de un canal no idóneo en la notificación de la medida cautelar que permite la filtración de la decisión del juzgador.
- 5.2.4. En la ejecución de una medida cautelar de embargo en forma de retención se ha encontrado que la notificación al acreedor de la medida cautelar es realizada sin haber cautelado los intereses del solicitante y garantizado la plena ejecución de la decisión del juzgador.
- 5.2.5. En la ejecución de una medida cautelar de embargo en forma de retención se ha encontrado que existe una ejecución parcial de la decisión que concede la solicitud de medida cautelar en cuanto al monto cautelado sin haber agotado la búsqueda respectiva.
- 5.2.6. Existe un bajo nivel de eficacia de la medida cautelar de embargo en forma de retención, debido a que las decisiones judiciales no son ejecutadas e implementadas de modo que cautele los intereses del acreedor, asegure el cumplimiento de la decisión final cual sea su contenido y preserve los fines y principios de una medida cautelar

- 5.2.7. El nivel de interpretación literal que existe de la normativa sobre el procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención es alto; toda vez que los auxiliares jurisdiccionales y entienden que la medida cautelar de embargo en forma de retención ha sido ejecutada a partir de la notificación con la orden jurisdiccional al retenedor.
- 5.2.8. Se presenta la ausencia de una conducta diligente y debida según los fines y principios de la institución a la luz del Código Procesal Civil; toda vez que en la presente investigación se ha evidenciado que existe una relación directa entre la interpretación literal del articulado referente al embargo en forma de retención y la ineficacia de la ejecución de dicha medida cautelar.
- 5.2.9. Los operadores judiciales tienen una concepción cultural netamente individualista y no sistémica sobre el procedimiento para ejecutar una medida cautelar de embargo en forma de retención.
- 5.2.10. Los operadores judiciales presentan una Concepción cultural incoherente y separada de la normativa procesal sobre el procedimiento de ejecución de una medida cautelar de embargo en forma de retención puesto que al entender que su ejecución se suscita a partir de la notificación al retenedor se termina por alertar al afectado con la medida cautelar antes de que efectivamente se haya

llevado a cabo dicha retención, con lo que la ejecución de la misma se torna en imposible.

5.2.11. Los parámetros ajustados a los fines de la institución cautelar como del proceso mismo para determinar el momento de la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención a considerar: reserva, búsqueda de satisfacción de la obligación y diligencia en la actuación judicial, son eficaces.

5.2.12. El principio de reserva en el momento de ejecución de la medida cautelar es eficaz para solucionar los problemas de deficiente notificación, colusión entre retenedor y deudor, y notificación antelada a la ejecución total de la medida cautelar.

5.2.13. El principio de búsqueda de satisfacción de la obligación es eficaz para solucionar los problemas: notificación antelada a la ejecución total de la medida cautelar, imposibilidad de la ejecución posterior de la medida cautelar en más bienes del deudor y el no cautelar los intereses del acreedor hasta el monto expresado en la solicitud de la medida cautelar.

5.2.14. El principio de diligencia en la actuación judicial es eficaz para solucionar los problemas: no cautelar los intereses del acreedor hasta el monto expresado en la solicitud de la medida cautelar y provocar

incertidumbre por no haber cautelado totalmente el monto de la obligación.

5.3. RECOMENDACIONES

Finalmente, según los resultados obtenidos se formulan las siguientes recomendaciones:

5.3.1. Implementar normativamente acciones que procuren disminuir el alto grado de desnaturalización del procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención; consignando específicamente en el artículo 658° del Código Procesal Civil la obligación del retenedor de comunicar al juzgado de la efectiva retención, luego de lo cual recién debe notificarse al afectado con dicha medida.

5.3.2. Llevar a cabo la ejecución total de la medida cautelar habiendo agotado todas las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico. Además, debiendo haber cautelado los derechos del afectado a través de una contra cautela idónea; para lo cual se propone que se solicite al retenedor la información acerca de la efectiva retención antes de llevar a cabo la notificación al afectado.

5.3.3. Elevar el nivel de eficacia de la medida cautelar de embargo en forma de retención a través del uso de los fines y principios de la medida cautelar en la interpretación de normas y vacíos legales que existen en

la realidad, con el propósito de asegurar el cumplimiento de la finalidad misma de todas las medidas cautelares que es asegurar la ejecución de la Sentencia.

5.3.4. Implementar mecanismo que construyan una conducta diligente y debida para aumentar el grado de interpretación literal que existe de la normativa sobre el procedimiento para la ejecución de la medida cautelar de embargo en forma de retención.

5.3.5. Implementar legislativamente los siguientes principios: reserva, búsqueda de satisfacción de la obligación y diligencia en la actuación judicial, son eficaces. Ellos servirán como parámetros para la ejecución de una medida cautelar de embargo en forma de retención. se recomienda continuar investigaciones en este rumbo para proponer normas específicas que permitan un cambio preciso en el Código Procesal Civil.

LISTA DE REFERENCIAS

- ALVARADO VELLOSO. 1989. Introducción al estudio del derecho procesal, Santa Fe de Bogotá-Colombia.
- BARONA VILAR, Silvia, et al. 2000. El Nuevo Proceso Civil (Ley 1/2000). Valencia-España: Tirant Lo Blanch.
- CALAMANDREI, Piero. 1996. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomos III. Trad. Santiago Sentís. Buenos Aires-Argentina: Editorial El Fondo.
2005. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Lima: ARA Editores.
- CHIOVENDA, Giuseppe. 1903. Ensayos de Derecho Procesal Civil. Bolonia.
1922. Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Madrid-España: Editorial Reus.
- FAIREN Guillén, Víctor. 1990. Doctrina General del Derecho Procesal. Barcelona-España: Librería Bosch.
- MARTEL Chang, Rolando. 2002. El proceso cautelar-El valor eficacia y la finalidad del proceso cautelar-El procedimiento cautelar. En Orientaciones y Tendencias en el Proceso Cautelar y de Ejecución. Lima-Perú: Librería y Ediciones Jurídicas.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. 1987. Temas de Proceso Civil. Lima-Perú: Editorial Studium.
- MONROY PALACIOS, Juan José. 2002. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Lima.-Perú: Comunidad.

- MOSTERÍN, Jesús. 2000. Conceptos y Teorías en la ciencia. Barcelona-España: Alianza Editorial.
- PALACIO, Lino Enrique. 2003. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires-Argentina: Abeledo Perrot.
- PELAEZ BARDALES, Mariano. 2007. El Proceso Cautelar. Lima: Editorial Grijley.
- QUINTERO, Beatriz. 1995. Teoría General del Proceso. Tomo I. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A.
- SENTIS MELENDO, Santiago. 1973. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires-Argentina: Ed. Jurídicas Europa-América.
- TICONA POSTIGO, Víctor. 1999. El debido Proceso y la Demanda Civil. Lima-Perú: Rodhas.

REFERENCIAS ESPECIALES

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. 2008. Temas conflictivos II. Las Cautelas Procesales. Buenos Aires.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. 2005. Jurisdicción y Ejecución. Biblioteca de Derecho Procesal 1. Lima: Palestra Editores.
- BERMAN, Harold. 2001. La formación de la tradición jurídica de Occidente. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- CALAMANDREI, Piero. 1945. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias cautelares. Argentina.
- CARDOSO MACHADO, Fabio. 2006. Condiciones de fungibilidad entre medidas cautelares y anticipatorias. En: Revista Peruana de Derecho Procesal IX. Lima: Palestra Editores SAC.
- CHIOVENDA, G. 1940. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volúmenes I y II. REVISTA DE DERECHO PRIVADO. Madrid.
- COUTURE, Eduardo. 1958. Introducción al estudio del Proceso Civil. Buenos Aires: AYRU.
- GALLARDO MIRAVAL, Juvenal. 2000. Tesis: Cautela y Contracautela en el proceso Civil. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- GIMARAES RIBEIRO, Darci. 2004. La pretensión procesal y la tutela jurisdiccional efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- HURTADO REYES, Martín. 2006. Tutela jurisdiccional diferenciada. Lima: Palestra Editores.

- MARTEL CHANG, Rolando A. 2003. Tutela Cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Lima: Palestra Editores
- MARTÍNEZ BOTO, Raúl. 1994. Medidas Cautelares. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Buenos Aires.
- MONROY GALVEZ, Juan. 1987. Temas de Derecho Procesal Civil. Lima: STUDIUM.
1996. Introducción al proceso civil. Bogotá: Temis.
2003. Una interpretación errónea: “A mayor verosimilitud, menor caución y viceversa”. En: Derecho Procesal Civil – Congreso Internacional. Lima, Universidad de Lima.
- MONTERO AROCA, Juan. 2000. El Derecho procesal en el siglo XX. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PODETTI, Ramiro. 1956. Derecho Procesal civil, Comercial y Laboral- Tratado de las Medidas cautelares. Buenos Aires: EDIAR S.A.
- RIVAS, Adolfo A. 2000. Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Peruano. Lima, Editorial Rodhas.

REFERENCIAS METODOLÓGICAS

- ÁNGELES CABALLERO, C.A. (1999). La Investigación Jurídica – La Tesis Universitaria en Derecho. Lima: SAN MARCOS.
- BUNGE, M. (1989). Ciencia y desarrollo. Buenos Aires. SIGLO VEINTE.
- BUNGE, M. (2000). La Ciencia, su método y su filosofía. Buenos Aires: Siglo veinte.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R. y otros. (2003) Metodología de la Investigación. México: Mc. Graw Hill.
- LARENZ, K. (1980) Metodología de la ciencia de derecho. Barcelona: Ariel.
- PISCOYA HERMOZA, L. (1995) Investigación Científica y educación-un enfoque epistemológico. Puno: Amaru.
- QUIROZ SALAZAR, W. (1998) La Investigación jurídica. Lima:
- RAMOZ NÚÑEZ, C. (2000) Cómo hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento-Estudios de Pregrado-Maestría-Doctorado. Lima: Gaceta Jurídica.

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO

CUESTIONARIO N° 01

**PARA MAGISTRADOS DE LOS JUZGADOS CIVILES DE LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA**

Señores Magistrados, estamos aplicando esta encuesta a los magistrados que conocen procesos de Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención con la finalidad de obtener sus apreciaciones acerca del procedimiento de ejecución de la misma, así como la interpretación que se realiza del artículo 658° de nuestro Código Procesal Civil. ¡Muchas gracias por su colaboración!

_____ Juzgado Civil; Antigüedad en el cargo: (_____).

INSTRUCCIONES: Marque con un aspa (x), en la alternativa que usted considere más adecuada en cada una de las preguntas o responda textualmente en las preguntas abiertas.

1. Respecto a la Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención que se presenta en su juzgado, recae con mayor frecuencia sobre:
 - c. Derechos de Crédito. ()
 - d. Otros bienes en posesión de terceros. ()

2. El promedio anual de demandas sobre Embargo en forma de Retención que recaen sobre derechos de crédito es de:_____
3. El promedio anual de demandas sobre Embargo en forma de Retención que recaen sobre otros bienes en posesión de terceros es de:_____
4. ¿Qué diligencias se llevan a cabo para hacer efectiva la Orden Judicial de Ejecución de la Retención?_____
- _____
- _____
- _____
5. ¿Cómo se comunica el Mandato Judicial de Ejecución de la Retención al poseedor de los Derechos de Crédito?
- a. Se lo notifica por conducto normal con la resolución emitida por el Órgano Jurisdiccional. ()
- b. Se le envía el mandato respectivo vía correo electrónico ()
- c. Se le envía un oficio especificando la orden judicial y adjuntando la resolución, vía courier. ()
- d. El oficio es llevado personalmente por el secretario, quien levanta un acta de la diligencia. ()
- e. El secretario notifica personalmente con el mandato judicial y levanta un Acta al respecto ()
- f. Otros:_____

6. ¿Cómo se comunica el Mandato Judicial de Ejecución de la Retención al poseedor de bienes en posesión de terceros?
- a. Notificación por conductos electrónicos. ()
 - b. El secretario notifica personalmente levantando un Acta de la diligencia de ejecución. ()
 - c. Notificación del mandato por conducto regular. ()
 - d. Otros: _____
7. Cuando se realiza el levantamiento del Acta de diligencia de Ejecución de Embargo en Forma de Retención, ¿se hace en presencia del retenedor?:
- a. Si. ()
 - b. No. ()
8. El levantamiento del Acta de diligencia de Ejecución de Embargo en Forma de Retención se realiza:
- a. Cuando se retienen derechos de crédito. ()
 - b. Cuando se retienen otros bienes distintos de los derechos de crédito en posesión de terceros ()
 - c. En ambos casos. ()
9. El Acta de la diligencia de ejecución de la Medida Cautelar de Embargo en forma de retención y la notificación con el mandato ¿Se dan simultáneamente en un solo acto o diligencia?
- a. Si, _____ ()
 - b. No, _____ ()

- c. Solo en los casos de retención de derechos de crédito.
- d. Solo en los casos de retención de bienes en posesión de terceros.

10. ¿Cuál es el lapso entre la notificación del mandato de retención y la ejecución efectiva de dicha Medida Cautelar?

- a. Opera de inmediato. ()
- b. Dentro de las 24 horas. ()
- c. Dentro de una semana. ()
- d. Dentro de un mes. ()
- e. Otros:_____ ()

11. ¿Cuáles son las dificultades que limitan la efectividad de la ejecución de la Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención?_____

12. ¿Los trámites burocráticos propios de las entidades financieras constituyen obstáculos para realizar la inmediata ejecución de la Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención?

- a. Si,
porque:_____ . ()
- b. No,
porque:_____ . ()

13. La negativa del Retenedor a firmar el Acta y/o el cargo de la cédula de Notificación:

- a. Suspende la ejecución de la Medida Cautelar. ()
- b. Imposibilita la ejecución de la Medida Cautelar. ()
- c. No afecta la ejecución de la Medida Cautelar. ()
- d. Tiene otros efectos como:_____ ()

14. Luego de levantada el Acta de la diligencia de ejecución y hecha la notificación al retenedor ¿es factible notificar al afectado con la Medida Cautelar?

- a. Si, porque la Medida Cautelar ya fue ejecutada ()
- b. No, porque la Medida Cautelar toma un tiempo en ejecutarse ()

El equipo de investigación.

Anexo B



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO

CUESTIONARIO N° 02

PARA SECRETARIOS DE LOS JUZGADOS CIVILES DE LA CORTE

SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA

Señores Secretarios, estamos aplicando esta encuesta al personal jurisdiccional que tramita procesos de Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención con la finalidad de obtener sus apreciaciones acerca del procedimiento de ejecución de la misma, así como la interpretación que se realiza del artículo 658 de nuestro Código Procesal Civil. ¡Muchas gracias por su colaboración!

_____ Juzgado Civil; Antigüedad en el cargo: (_____).

INSTRUCCIONES: Marque con un aspa (x), en la alternativa que usted considere más adecuada en cada una de las preguntas o responda textualmente en las preguntas abiertas.

15. Respecto a la Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención que se presenta en su juzgado, recae con mayor frecuencia sobre:

- e. Derechos de Crédito. ()
- f. Otros bienes en posesión de terceros. ()

16. El promedio anual de demandas sobre Embargo en forma de Retención que recaen sobre derechos de crédito es de: _____

17. El promedio anual de demandas sobre Embargo en forma de Retención que recaen sobre otros bienes en posesión de terceros es de: _____

18. ¿Qué diligencias se llevan a cabo para hacer efectiva la Orden Judicial de Ejecución de la Retención? _____

19. ¿Cómo se comunica el Mandato Judicial de Ejecución de la Retención al poseedor de los Derechos de Crédito?

- g. Se lo notifica por conducto normal con la resolución emitida por el Órgano Jurisdiccional. ()
- h. Se le envía el mandato respectivo vía correo electrónico ()
- i. Se le envía un oficio especificando la orden judicial y adjuntando la resolución, vía courier. ()
- j. El oficio es llevado personalmente por el secretario, quien levanta un acta de la diligencia. ()

k. El secretario notifica personalmente con el mandato judicial y levanta un Acta al respecto ()

l. Otros: _____

20. ¿Cómo se comunica el Mandato Judicial de Ejecución de la Retención al poseedor de bienes en posesión de terceros?

e. Notificación por conductos electrónicos. ()

f. El secretario notifica personalmente levantando un Acta de la diligencia de ejecución. ()

g. Notificación del mandato por conducto regular. ()

h. Otros: _____

21. Cuando se realiza el levantamiento del Acta de diligencia de Ejecución de Embargo en Forma de Retención, ¿se hace en presencia del retenedor?:

c. Si. ()

d. No. ()

22. El levantamiento del Acta de diligencia de Ejecución de Embargo en Forma de Retención se realiza:

d. Cuando se retienen derechos de crédito. ()

e. Cuando se retienen otros bienes distintos de los derechos de crédito en posesión de terceros ()

f. En ambos casos. ()

23. El Acta de la diligencia de ejecución de la Medida Cautelar de Embargo en forma de retención y la notificación con el mandato ¿Se dan simultáneamente en un solo acto o diligencia?

e. Si, _____ ()

f. No, _____ ()

g. Solo en los casos de retención de derechos de crédito.

h. Solo en los casos de retención de bienes en posesión de terceros.

24. ¿Cuál es el lapso entre la notificación del mandato de retención y la ejecución efectiva de dicha Medida Cautelar?

f. Opera de inmediato. ()

g. Dentro de las 24 horas. ()

h. Dentro de una semana. ()

i. Dentro de un mes. ()

j. Otros: _____ ()

25. ¿Cuáles son las dificultades que limitan la efectividad de la ejecución de la Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención? _____

26. ¿Los trámites burocráticos propios de las entidades financieras constituyen obstáculos para realizar la inmediata ejecución de la Medida Cautelar de Embargo en forma de Retención?

c. Si, porque:..... ()

d. No, porque:..... ()

27. La negativa del Retenedor a firmar el Acta y/o el cargo de la cédula de

Notificación:

e. Suspende la ejecución de la Medida Cautelar. ()

f. Imposibilita la ejecución de la Medida Cautelar. ()

g. No afecta la ejecución de la Medida Cautelar. ()

h. Tiene otros efectos como..... ()

28. Luego de levantada el Acta de la diligencia de ejecución y hecha la

notificación al retenedor ¿es factible notificar al afectado con la Medida

Cautelar?

c. Si, porque la Medida Cautelar ya fue ejecutada ()

d. No, porque la Medida Cautelar toma un tiempo en ejecutarse ()

El equipo de investigación.